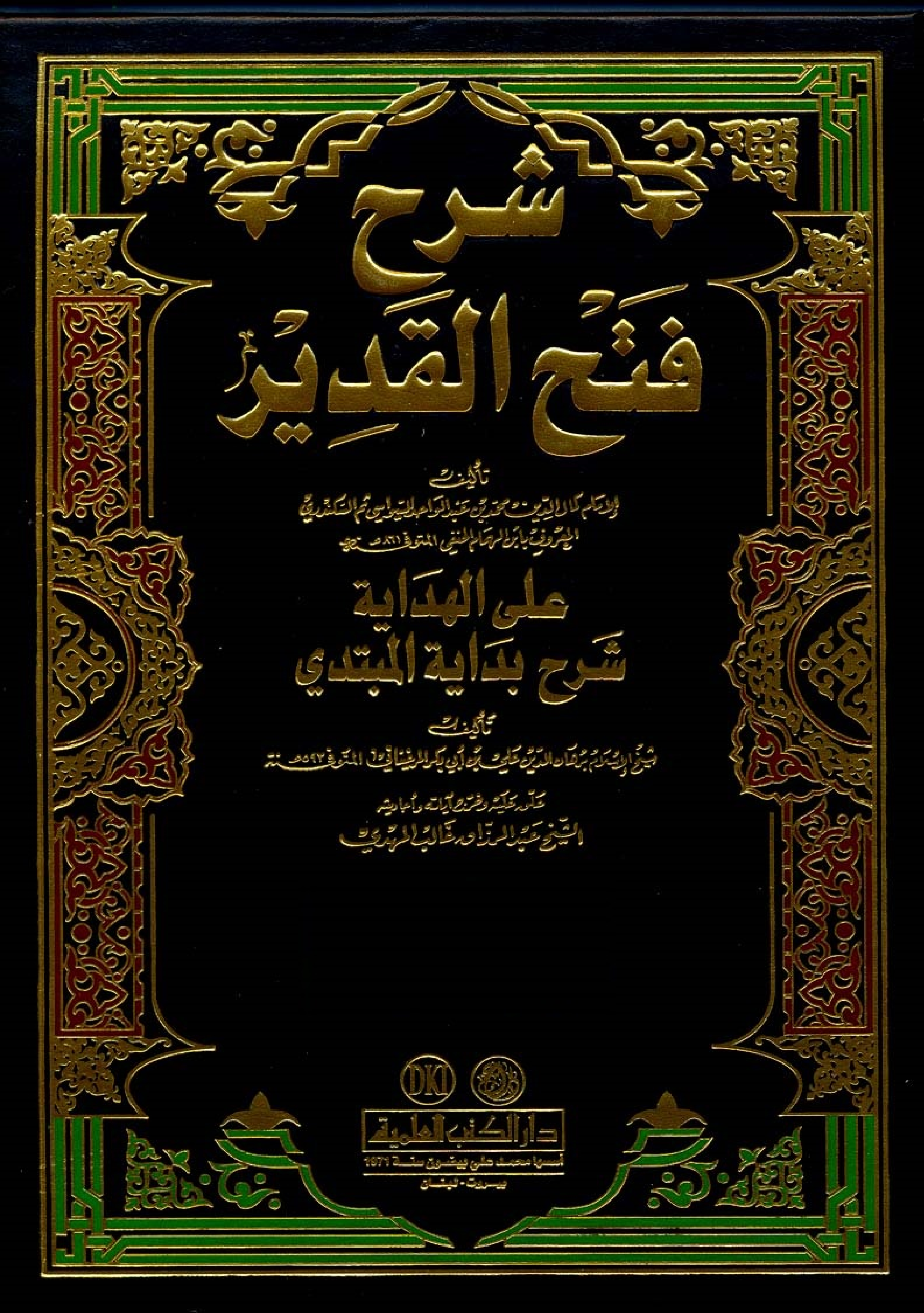

شرح
فتح القدير
تأليف
الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى ٨٦١ هـ
على الهداية
شرح بداية المبتدي
تأليف
شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى ٥٩٣ هـ سنة
علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي
DKI
دار الكتب العلمية
أسسها محمد علي بيضون سنة ١٩٧١
بيروت - لبنان

besturdubooks.wordpress.com



تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الرابع

المحتوى:
تتمة كتاب الطلاق ـ كتاب العتاق

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة
Copyright
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لـدار الكتب العلمية بيروت - لبنان. ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً

Exclusive rights by

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Droits exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle ou morale d'éditer, de traduire, de photocopier, d'enregistrer sur cassette, disquette, C.D, ordinateur toute production écrite, entière ou partielle, sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

٢٠٠٣م - ١٤٢٤هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون القبة مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٠٠٩٦١ ٥)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Rami Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Rami Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

besturdubooks.wordpress.com

besturdubooks.wordpress.com

بسم الله الرحمن الرحيم

«من يُرِدِ الله به خيراً يُفقِّهْهُ في الدين»
«حديث شريف»

باب إيقاع الطلاق

(الطلاق على ضربين: صريح، وكناية. فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحاً وأنه يعقب الرجعة بالنص (ولا

باب إيقاع الطلاق

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات، وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات، فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالاً، فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع، لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجاً قوله: (فالصريح قوله أنت طالق إلخ) ظاهر الحمل يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس بمراد، فسيذكر منه التطليق بالمصدر، ولفظ الكنز: كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر، وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال: الوقوع بالمصدر لتأوّله بطالق قوله: (فكان صريحاً) فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازاً صريح، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله: فكان صريحاً على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره، إلا أن في قوله: في تعليل عدم افتقارها إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعاً لأن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره، والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلاً للتقابل بين الغلبة والاختصاص، وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيراً. قلنا: المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعاً مراداً هو بهما قوله: (وأنه يعقب الرجعة) ذكر للصريح

باب إيقاع الطلاق

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أي التطليق (على ضربين: صريح، وكناية، فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي) لكون هذه الألفاظ صريحة، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ وهو يشير بتسميته بعلاً إلى أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية. ورد بأنه قال ﴿أحق بردهن﴾ والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه. وأجيب بأن البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك إلا بدليل. وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار وللمشتري فإنه لم يثبت الملك فيها للمشتري، ثم إذا فسخه

باب إيقاع الطلاق

قال المصنف: (ولا يستعمل في غيره) أي غالباً بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه.

besturdubooks.wordpress.com

. . . .

حكمين: كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية. أما الأول فمقيد بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتي. وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد، واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى **﴿والمطلقات يتربصن﴾** [البقرة: ٢٢٨] فعلم أن الصريح يستعقبها للإجماع. على أن المراد بالبعولة في الآية المطلقون صريحاً حقيقة كان أو مجازاً غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعياً بعلاً حقيقة فلا حاجة إلى إثباته في ذلك. وأما قولهم سماه بعلاً فعلم أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية، ثم إيراد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجاً إلا مجازاً، وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه. ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك، بل قد يقال أيضاً بعد انعقاد سبب زواله معلقاً بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع، فإن معناه: رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال، وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه، كما يقال متعلقاً به بعد تأثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب: يعني إلى قديم الملك الزائل فإنما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه في الأول حقيقة مما يمنعه الخصم، ويدل عليه أيضاً قوله تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩] فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه يعقب الرجعة بالنص، وذلك لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل، فدل على إبقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر. وأما الثاني وهو كونه لا يفتقر إلى النية فتقل فيه إجماع الفقهاء. إلا داود فإنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح. قلنا: هذا احتمال يعزب إخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى. وحديث ابن عمر[1] حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوي أم لا؟ يدل على ذلك، فإن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال كالعموم في المقال، ولا يخفى أن قرائن إرادة الإيقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه، ودلالة إطلاق قوله تعالى **﴿الطلاق مرتان﴾** [البقرة: ٢٢٩] ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد. ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينو شيئاً أصلاً يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئاً آخر، لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء. وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر، ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالماً بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيده فروع: هو أنه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوي طلاقاً لا تطلق، وفي متعلم يكتب ناقلاً من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه. ولو قال لقوم: تعلمت ذكراً بالفارسية فقولوه معي فقال: رن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة، وكذا لو لم يعتقدوه ذكراً واعتقدوه شيئاً آخر، كذا نقل من فتاوى المنصوري. وما في الخلاصة: لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق، وقيل: لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر، وفيها في الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذي أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع. وفي النسفي قال أبو حنيفة: لا يجوز الغلط في الطلاق، وهو ما إذا أراد أن يقول: اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين. وقال أبو يوسف: لا يجوز الغلط فيهما. وفي الخلاصة أيضاً: قالت لزوجها اقرأ عليّ اعتدي أنت

يقال رد الجارية وإن لم يزل عنها ملك البائع **(ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه)** والصريح ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً بكثرة

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً في طلاق الحائض فصل طلاق السنة.

besturdubooks.wordpress.com

يفتقر إلى النية) لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة

طالق ثلاثاً ففعل طلقت ثلاثاً في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو، وهذا يوافق ما في المنصوري، ويخالف مقتضى ما ذكره آنفاً من مسئلة التلقين بالعربية. والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى. وقوله فيمن سبق لسانه واقع: أي في القضاء، وقد يشير إليه قوله: ولو كان بالعتاق يدين، بخلاف الهازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ، وسيذكر في أنت طالق إذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله: ولا يحتاج إلى النية لأن المعنى لا يحتاج إلى النية: يعني اللفظ بعد القصد إلى اللفظ. والحاصل أنه إذا قصد السبب عالماً بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده إلا إن أراد ما يحتمله. وأما أنه إذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعاً وهو غير راضٍ بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع، وقد قال تعالى **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾** [البقرة: ٢٢٥] وفسر بأمرين: أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فإلغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه، والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد إلى اليمين كلا والله بلى والله، فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده إليه، فهذا تشريع لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التي لم تقصد، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث أنه لا قصد له إلى اللفظ ولا حكمه وإنما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي. وفي الحاوي معزوا إلى الجامع الأصغر أن أسداً سئل عمن أراد أن يقول: زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق، فقال في القضاء: تطلق التي سماها، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما، أما التي سماها فلأنه لم يردها، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح. وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه قوله: **(وكذا إذا نوى الإبانة)** أي بالصريح يقع رجعياً وتلغو نيته **(لأنه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة)** عند وجوده بقوله تعالى **﴿إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾** [البقرة: ٢٣١] والإجماع على ذلك **(فيرد عليه)** لأنه استعجل ما أخر الشرع كما رد إرث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه قوله: **(ولو نوى الطلاق)** أي بقوله: أنت طالق **(عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر)** إلا أن يكون مكرهاً. ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله **(ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى)** لأنه لا يحتمله لأن الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ. وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال: أنت متخلصة عن العمل، ولو صرح فقال: أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة

الاستعمال وهذا كذلك، والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية. قوله: **(وكذا إذا نوى الإبانة)** معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة: يعني إن لم ينو شيئاً، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة، قال الله تعالى **﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** والإمساك بالمعروف هو الرجعة، والتسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضي العدة، وتحقيقه أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً والإمساك إبقاء الشيء على ما كان، فما

قال المصنف: **(الغلبة الاستعمال)** أقول: قال ابن الهمام: لا يخفى عليك أن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلاً، ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى. يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل في غيره غالباً بقرينة كلامه الثاني كما أشرنا إليه قوله: **(وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه)** أقول: وأيضاً يستعمل الرد في الوديعة والعارية ولا زوال ملك فيهما قوله: **(وقوله وكذا إذا نوى الإبانة)** معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة. أقول: فيكون في كلامه تسامح حيث جعله معطوفاً على قوله وإنه يعقب الرجعة مع أنه معطوف على محذوف وهو قوله إن لم ينو شيئاً.

besturdubooks.wordpress.com

فيردّ عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل. وعن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال

لا قضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكاً، بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدّق قضاء لأنه يستعمل فيه قليلاً، وكل ما لا يدينه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لأنها كالقاضي لا تعرف منه إلا الظاهر قوله: **(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها)** أي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه: أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفاً بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحاً فيه فيتوقف على النية.

[فروع] لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع، ولو قال: أردت الشتم لم يصدق لأن النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ، بخلاف قوله يا ابني لعبده. ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال: أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن، وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقاً، ثم ناداها به لا تطلق. وقد روى وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن أن امرأة قالت لزوجها: سمني فسماها الطيبة فقالت ما قالت شيئاً فقال: هات ما أسميك به فقالت سمني خلية طالق قال: فأنت خلية طالق فجاءت إلى عمر فقالت له إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص

دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية، وإذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا. ولقائل أن يقول: إن سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه، ولو قال لأن الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة إلى البائن كان أسلم، وموضعه أصول الفقه. وقوله: **(فيرد عليه)** يعني قصده وتقرير الحجة لأنه قصد تقديم ما أخر الشرع إلى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بني إسرائيل **(ولو نوى الطلاق عن وثاق)** بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة **(لم يدين في القضاء)** أي لم يصدق، وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته إلى دينه فاستعمل في التصديق مجازاً لأنه خلاف الظاهر لأنه صرف الكلام عما هو صريح فيه إلى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف. وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك **(ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله)** إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل في الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازاً **(ولو نوى به)** أي بقوله طالق **(الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو)** قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح. وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فإن الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية. وروى الحسن **(عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق يستعمل في التخليص)** فكان معناه أنت مخلصة من العمل، وهذا إذا لم يصرح بذكره، أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولاً صدق ديانة رواية

قوله: **(جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة)** أقول: التقييد بعدم إرادة البينونة يقتضي دليلاً قوله: **(وهو قيل: أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح. وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل إلخ)** أقول: فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل، ثم أقول: لكن الأولى من جهة المعنى هو أن يعود إلى المرأة: أي هي غير مقيدة بالعمل لا حساً وهو ظاهر إذ هو ليس بقيد محسوس، وأما شرعاً فلأن المرأة لا يجب عليها العمل.

besturdubooks.wordpress.com

أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً. قال: (ولا يقع به

القصة فأوجع عمر رأسها وقال له: خذ بيدها وأوجع رأسها. ولو قال: طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقاً في القضاء ولو قال: فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء، بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الإعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لا ما هو فلان بن فلان. ولو قال: هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة، كذا في الكافي للحاكم. ولو قال: امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته إلا بالنية. وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك حقك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق إذا خرج قبله. ولو قال: لإحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة. ولو قال: أردت زينب طلقتا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار. هذا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع. ولو قال: أنت زينب فقالت: عمرة نعم فقال: إذن أنت طالق لا تطلق. ولو قال: عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية. ولو قال: قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها. ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداهما فاسد فقال: فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء. وكذا لو قال: إحداكما أو إحدى امرأتي طالق، ويقع أيضاً بالتهجي كأنت ط ا ل ق، وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م إذا نوى صرح بقيد النية في البدائع، ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب في الحال. ولو قالت: أنت طالق فقال: نعم طلقت. ولو قال له في جواب طلقني لا تطلق وإن نوى. ولو قيل له: ألست طلقتها فقال: بلى طلقت أو نعم لا تطلق. والذي ينبغي عدم الفرق، فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفي ولو قال: خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها، ويقع بطلقك الله أطلقها في النوازل مرة ثم أعادها وشرح النية وهو الحق، وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ: تلاق، وتلاغ، وطلاغ، وطلاك، وتلاك. ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتي تطلب مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول: هذا ويصدق ديانة، وكان ابن الفضل يفرق أولاً بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني، ثم إلى هذا وعليه الفتوى. ولو قال: نساء أهل الدنيا أو الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته إلا إن نواها، رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى. وعن محمد روايتان. ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح. وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق. ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار، ومنهم من ألحقها بالمصر. ولو قال: طلاقك عليّ لا يقع، ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل: تطلق رجعية نوى أولاً، وقيل: لا يقع وإن نوى، وقيل في قول أبي حنيفة: يقع، وفي قولهما: لا يقع في واجب ويقع في لازم، وقيل: بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله إلى نيته، وقيل: يقع في واجب للتعارف به، وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف. وفي الفتاوى الكبرى للخاصي: المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجباً أو ثابتاً بل حكمه، وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع، وفرق بينه وبين العتاق، وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحاً فلا يصدق

واحدة (ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلا يكون صريحاً) وإذا لم يكن صريحاً كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج إلى النية، قوله: (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به

besturdubooks.wordpress.com

إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي: يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة

قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا، فإنه قد يقال هذا الأمر عليّ واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكأنه قال: ينبغي أن أطلقك، وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا: يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع، فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله: إن فعلت كذا فأنت طالق، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله: عليّ الطلاق لا أفعل، ولو قال: طال بلا قاف يقع، قيل لأنه ترخيم وهو غلط، إذ الترخيم اختياراً في النداء، وفي غيره إنما يقع اضطراراً في الشعر. ولو قال: أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو قال: لم أنو لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد وإلا صدق، ومثله بالفارسية توبسه على ما هو المختار للفتوى خلافاً للصفار. ولو قال: أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة، فإن عنى به الطلاق وقع وإلا فلا لأنه نوى ما يحتمله لفظه، والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحاً، وهذا بخلاف ما إذا قالت: له مثلاً فلان طلق زوجته فقال لها: ذلك فإنه يقع وإن لم ينو، وكذا لو قال: أنت أزنى من فلانة لا يحد لأنه ليس صريحاً في القذف، وعن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقاً أو اطلقي يقع لأن قوله كوني ليس أمراً حقيقة لعدم تصور كونها طالقاً منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقاً كقوله تعالى ﴿كن فيكون﴾ [يس: ٨٢] ليس أمراً بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقاً يقتضي إيقاعاً قبل فيتضمن إيقاعاً سابقاً، وكذا قوله: أطلقي ومثله قوله: للأمة كوني حرة قوله: **(ولا يقع به)** أي بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق **(إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك)** لا الصريح مطلقاً لأن منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية **وقال الشافعي: (يقع ما نوى)** وهو قول: الأئمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور: أنه نوى محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقاً **(ولهذا)** أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير **(صح قران العدد به تفسيراً حتى ينصب على التمييز)** وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات للفظ، ويدل عليه حديث ركانة «أنه أتى النبي ﷺ فقال: طلقت امرأتي البتة، قال ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فردها النبي ﷺ»[1] وأيضاً إذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الأقوى أولى قوله: **(ولنا أنه نعت فرد)** قيل: غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة أنها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته. وتحرير التقرير أنّ أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق، والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقاً عند هذا الكلام، فإما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحاً

الطلاق: أي لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة **(إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك. وقال الشافعي: يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق)** لكونه نعتاً وهو لا يتحقق بدون المشتق منه **(ولهذا)** أي لكونه محتمل لفظه **(يصح قران العدد به ويكون نصباً على التفسير)** وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته **(ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاثة طوالق)** وكل ما هو نعت فرد **(لا يحتمل العدد لأنه ضده)** والضد لا يحتمل الضد. قوله: **(وذكر الطالق)** جواب عن

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٠٨ والترمذي ١١٧٧ والدارمي ٢١٨٩ وابن ماجه ٢٠٥١ والحاكم ٢/١١٩ والبيهقي ٧/٣٤٢ والطيالسي ١١٨٨ كلهم من حديث ركانة، وفي إسناده الزبير بن سعيد ضعيف.

قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وسألت البخاري عنه، فقال: فيه اضطراب ويُروى عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثاً.

وأخرجه أبو داود ٢٢٠٦، ٢٢٠٧ والطيالسي ١١٨٨ والحاكم ٢/١٩٩ والبيهقي ٧/٣٤٢ من وجه آخر وفي إسناده نافع بن عجير مجهول.

والحديث: أعله البخاري بالاضطراب، وضعفه أحدكما ذكر المصنف، وانظر تلخيص الحبير ٣/٢١٣.

besturdubooks.wordpress.com

كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التميز . ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى

لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتفٍ لأن جعله موقعاً لا يستلزم نقله لأن بإثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الإخبار، إذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل، وبه يندفع ما قيل: إنه إخبار من وجه إنشاء من وجه، بل هو إنشاء من كل وجه لما قلنا. ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعاً واحدة فعلم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله موقعاً به ما شاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة الاستعمال اللغوي ونقله إلى الإنشاء يباينه لأنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة، على أن المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها، وذلك لا يتعدد، أصلاً بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعاً وما لا لافي الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا، وفي البيع حيث جعل المصنف بعت إنشاء حيث قال: لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لأنه صار إنشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثاً لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره: أي طلاقاً أي تطليقاً ثلاثاً كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل ﴿أنبتكم من الأرض نباتاً﴾ [نوح: ١٧] أو يضمر له فعل على الخلاف فيه، بخلاف طلقها وطلقي نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح إرادة منه لأنه لا نقل فيه إلى إيقاع واحدة، هذا ونقض بطالق طلاقاً فإنه يصح إرادة الثلاث مع أن المنتصب هو مصدر طالق. ويدفع بأن طلاقاً المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ، فصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق به معمولاً لفعل محذوف تقديره طالق لأني طلقتك تطليقاً ثلاثاً. بقي أن يرد إرادة الثلاث بأنت الطلاق وهو صفة المرأة. والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث. ونوقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليكِ التطليق وجاز في المصدر. وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف. فإن قلت: ظاهر ما ذكرت أنه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت إرادة الثلاث. والفرض أن صريح اسم المفعول كأنت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به؟ فالجواب أن الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للإنشاء على ما التزمنا الجواب به، والذي يراد بطالق ليس للإنشاء فتأمل. ويدل على أنه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين أنه

قوله فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة. وتقريره أن الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم، ومحل النية هو الثاني لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحاً له وكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له

قال المصنف: (ويكون نصباً على التفسير) أقول: أي نصباً على التميز، وفي التلويح في مبحث الأمر لا نسلم أنه تفسير بل تغيير إلى ما يحتمله مطلق اللفظ، ولهذا قالوا: إذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الإيقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثاً أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى قال المصنف: (ولنا أنه نعت فرد) وأقول: فيه نظر لأن قوله نعت فرد لا يناسب المقام لأن الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل، كذا قال الزيلعي. والظاهر أن مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالأولوية فليتأمل قال المصنف: (معناه طلاقاً ثلاثاً) أقول: وانتصابه بعمل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لأني طلقتك ثلاثاً.

besturdubooks.wordpress.com

طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده، وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق، والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقولك أعطيته جزيلاً: أي عطاء جزيلاً **(وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثاً فثلاث)** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر، لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق، فإن ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى. وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم، يقال رجل عدل: أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضاً ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعياً لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه، وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم

طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي ﷺ[1]، ولو كان مما تصح إرادة الثلاث منه لاستفسره. يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن أبي داود «أنه طلق امرأته سهيمة البتة فقال ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال: والله ما أردت إلا واحدة»[2] الحديث، فظهر أنه لا يمضي حكم المحتمل حتى يستفسر عنه، وثبت لنا مطلوب آخر وهو أن الكنايات عوامل بحقائقها لا أنها يراد بها الطلاق وإلا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر، ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسألها، وإنما احتملت حقائقها: أعني معنى البينونة التي تفيده البتة كلاً من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين. غير أنه إذا لم يكن له نية ثبت الأخف للتيقن قوله: **(ووقوع الطلاق باللفظة الثانية)** يعني طالق الطلاق وبالثالثة وهي طالق طلاقاً، وما في الكتاب ظاهر، غير أن وقوع الثلاث بطالق طلاقاً لم يكن إلا بالمصدر، ويلغو طالق في حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد فإن الواقع هو العدد وإلا يشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف، وهذا يقوي المروي عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة وإن نوى الثلاث، ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وإن لم يذكر إلا في المنكر قوله: **(وأما وقوعه باللفظة الأولى)** وهي الطلاق **(فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم. يقال رجل عدل: أي عادل فصار كقوله أنت طالق)** ويرد أنه إذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه قوله: **(ولا يحتاج فيه إلى النية)** أي في أنت الطلاق إلى نية لأنه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية أن التطليق بالمصدر بالكناية لأنه لم يغلب استعماله فيه، وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لأن الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر. قلنا: المراد أن المصدر حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحاً في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق. لا يقال: فيلزم في سائر الكنايات أنها صرائح. لأنا نمنع أنها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن. فإن قيل: فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق؟ قلنا: لأنه كما قلنا صريح في طالق، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف: أي ذات طلاق، وعلى هذا التقدير تصح إرادة الثلاث. ولما كان محتملاً توقف على النية، وهذا أوجه إن شاء الله تعالى مما قيل إنه وإن أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدراً فيصح إرادة الثلاث به لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه لا ذاته التي هي هواء مضغوط، فإذا فرض أن معناه الذي أريد به ليس إلا ما لا تصلح إرادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح؟ ويمكن أن يراد به أنها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضاً إرادة الثلاث، وعليه قول الخنساء:

* فإنما هي إقبال وإدبار *

قوله: **(والعدد الذي يقرن به)** جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح. قوله: **(وإذا قال أنت الطلاق)** واضح. وقوله: **(فصار بمنزلة قوله أنت طالق)** اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما

---

(١) تقدم تخريجه في فصل طلاق السنة رواه الجماعة.

(٢) تقدم تخريجه في ١/٩ أي قبل حديث واحد.

besturdubooks.wordpress.com

والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل، ولا تصح نية الثنتين فيها خلافاً لزفر. هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة. ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً، حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية، أما الثنتان في حق الحرة فعدد، واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد يراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية

يعني الناقة، لا على أن المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة، وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافاً لزفر والشافعي إلا أن تكون المرأة أمة لهما أن المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث. قلنا: نية الثلاث لم تصح باعتبار أنها كثرة بل باعتبار أنها فرد من حيث أنه تمام جنس واحد، بخلاف الثنتين في الحرة لأنه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد، وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها، وقد ذكر الطحاوي أنه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام إلا واحدة، وأما المحلى فيقع به الثلاث. قال الجصاص: هذه التفرقة لا يعرف لها وجه إلا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقاً أن تكون واحدة وإن نوى ثلاثاً لأن المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للإيقاع. أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق. وفي المغني لابن هشام نقلاً عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب إلى أبي يوسف: ما قول القاضي الإمام فيمن قال لامرأته:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف: هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها، فأتى الكسائي فسأله، فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطاً بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لأن الاجتهاد يقع في الأدلة السمعية العربية. والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا. وأن المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لأبي يوسف أصلاً ولا للرشيد، ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الألفاظ. ففي المبسوط: ذكر ابن سماعة أن الكسائي بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إليّ فقرأتها عليه فقال: ما قول قاضي القضاة الإمام فيمن قال لامرأته:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه؟ فكتب في جوابه، إن قال: ثلاث مرفوعاً يقع واحدة، وإن قال: ثلاثاً منصوباً يقع ثلاث، لأنه إذا ذكره مرفوعاً كان ابتداء حال فيبقى قوله: أنت طلاق فيقع واحدة، وإذا قال: ثلاثاً منصوباً على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة، لأن الثلاث تفسير لما وقع، فاستحسن الكسائي جوابه. ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور: الصواب أن كلاً من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة، أما الرفع فلأن أل في الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل: أي المعتد به، وإما للعهد الذكرى: أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الإخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع. إذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث، فعلى العهدية يقع الثلاث، وعلى الجنسية واحدة، وأما النصب فيحتمل

لم تصح في أنت طالق. وأجيب بأن نية الثلاث إنما لا تصح في طالق لأنه نعت فرد كما تقدم، وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وإن وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث، وبقية كلامه واضح. وقوله: **(ولو قال أنت طالق الطلاق**

besturdubooks.wordpress.com

والمثنى بمعزل منهما **(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدّق)** لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها **(وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق)** لأنه أضيف إلى محله، وذلك **(مثل أن يقول أنت طالق)** لأن التاء ضمير المرأة **(أو)** يقول **(رقبتك طالق أو عنقك)** طالق أو رأسك طالق **(أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك)** لأنه يعبر بها جميع البدن. أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما، قال الله تعالى **﴿فتحرير رقبة﴾** وقال

كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث، إذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثاً ثم اعترض بينهما بالجملة، وكونه حالاً من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لأن المعنى: والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثاً، فإنما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ، وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث، لأنه قال بعده:

فبيني بها إن كنت غير رفيقة وما لامرىء بعد الثلاث مقدّم

وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها[1] والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق، ولا يخفى أن الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثاً، وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر. بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الأخير، فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال قوله: **(ولو قال أنت طالق الطلاق، وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدّق)** تقدم أنه إذا أراد بطالق طلاقاً أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح. ووجهه قوله: **(لأن كلاً منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولاً بها)** وهذا منقول عن أبي يوسف والفقيه أبي جعفر، ومنعه فخر الإسلام لأن طالقاً نعت وطلاقاً مصدره فلا يقع إلا واحدة، وكذا في أنت طالق الطلاق. ويؤيد أن طلاقاً نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الإرادة به إلا بإهدار لزوم صحة الإعراب في الإيقاع من العالم والجاهل، وظهر أن الأولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وإن صح الآخر من جهة المعنى قوله: **(وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع)** ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق، ولا يخفى أن الإضافة فيهما معاً إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك إلخ، والتحقيق أن ما يعبر به عن الجملة إما بالوضع أو التجوز. وقوله: لأن التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال: في أنت أنه برمته ضمير أو التاء وأن عماد أو إن واللواحق حروف تدل على خصوص المراد قوله: **(أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك)** هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الإنسان وذكر استعمالاتها

فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فإن لم تكن موطوءة لغا الثاني، وإن كانت موطوءة **(يصدق)** ويقع طلقتان رجعيتان **(لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع)** بتقدير المبتدأ في الثاني كما قال أنت طالق وطالق **(ولو أضاف الطلاق إلى جملتها)** مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيداً لذكر ما بعده **(أو إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق)** قال الله تعالى **﴿فتحرير رقبة﴾** ولم يرد الرقبة بعينها، وكذلك العتق قال الله تعالى

قوله: **(لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدأ في الثاني)** أقول: فحينئذ كان الأليم للمصنف أن يقول: فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق. ثم أقول: فإن قيل: كيف يصح تقدير المبتدأ في الثاني وهو منصوب لأنه قد لا يلتفت إلى الإعراب خصوصاً في العامي قال المصنف: **(أو إلى ما يعبر به عن الجملة)** أقول: يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن جملة الإنسان من حيث هو الإنسان، فلا يرد اليد والعين لأن التعبير فيهما من حيث أنه تاجر وجاسوس فليتأمل. والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستعارة قال

---

(١) قوله: (مضارع خرق بكسرها) كذا في النسخ، والذي في كتب اللغة أن المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه.

jesturdubooks.wordpress.com

﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ وقال عليه الصلاة والسلام «لعن الله الفروج على السروج» ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر **(وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك)** طالق لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة **(ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق)** وقال زفر والشافعي يقع، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن.

فيها. وأما قوله ﷺ «لعن الله الفروج على السروج»[1] فغريب جداً، وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج»[2] وضعفه، وأين لفظ ذات الفرج. من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقاً للبعض على الكل قوله: **(رأس القوم)** أي أكبرهم **(ويا وجه العرب)** يعني يا أوجههم. وبه يندفع ما أورد أن الاستدلال به فاسد لأن معناه أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أن فلاناً يعبر به عن القوم كلهم. وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب أنك في العرب بمنزلة الوجه لا أنه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به، على أن الوجه يعبر به عن الجملة إلا إذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اهـ. ومبنى كلامه على أن التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض، فأثبت له الوجه. ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كونه مجازاً استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم: أي أشرفهم. وقوله تعالى **﴿كل شيء هالك إلا وجهه﴾** [القصص: ٨٨] **﴿ويبقى وجه ربك﴾** [الرحمن: ٢٧] أي ذاته الكريمة، وأعتق رأساً ورأسين من الرقيق أو إنا بخير ما دام رأسك سالماً يقال مراداً به الذات أيضاً قوله: **(ومن هذا القبيل الدم)** يعني في رواية تطلق ويراد به الكل، وهي رواية كتاب الكفالة، قال: لو كفل بدمه يصح، ورواية كتاب العتق لا تصح، فإنه قال: إذا قال دمك حر لا يعتق. وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع قوله: **(وكذلك إن طلق جزءاً شائعاً)** يعني يقع عليها كنصفها وربعها

﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح. ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق، وقال زفر والشافعي: يقع، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالإصبع والشعر والسن والظفر. لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح، وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلاً لحكم النكاح، وما كان محلاً لحكم النكاح كان محلاً للطلاق لأنه رافعه فيكون حالاً محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسري

المصنف: **(ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب)** أقول: والكلام وإن كان على التشبيه إلا أنه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه، إلا أنه لا يدل هذا على جواز إرادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى ضمير الخطاب كما في سيد القوم وسيدك، والأظهر أن يستدل بقولهم:

* أمري حسن ما دام رأسك سالماً*

وقولهم في الدعاء يعيش رأسك، وقوله تعالى **﴿ويبقى وجه ربك﴾** قوله: **(كالأصبع والشعر والظفر)** أقول: فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف إلى المختلف.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٨: غريب جداً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧١: لم أجده.
وقال علي القاري في الموضوعات الكبرى ٧١٥: لا أصل له.

(٢) منكر. أخرجه ابن عدي ٥/ ١٨٣، ١٨٤ من رواية بقية عن علي القرشي عن ابن عباس مرفوعاً.
قال ابن عدي: علي هذا مجهول، ومنكر الحديث.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧١ أخرجه ابن عدي بسند ضعيف وليس في لفظه المقصود.

besturdubooks.wordpress.com

لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب. ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها، وهذا لأنه محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبيء عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه، بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه

وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالإجارة قوله: **(ولو قال يدك طالق أو رجلك)** وهذا يقابل معنى الأول: أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فإنه جزء معين لا يعبر به عن الجملة، ومنه الأصبع والدبر لا يقع الطلاق بإضافته إليه خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع، والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف، فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم، وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف قوله: **(لهما)** حاصله قياس مركب نتيجة الأول أنه: أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم إليها، وما كان محلاً لحكم النكاح يكون محلاً للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق، وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق كالجزء الشائع، وهذا على قول طائفة من الشافعية، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين، فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق. قال الغزالي: هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق، وقيل: يجعل الجزء معبراً به عن الكل فيقع باللفظ، قالوا: وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت، إن قلنا بالسراية لا يقع، وإن قلنا بالعبارة عن الكل يقع قوله: **(ولنا إلخ)** حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلاً للحل لكونه محلاً للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه: أي تسليمها نفسها، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعاً له حكماً لهذا الحكم، والطلاق ينبيء عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك، ويرتفع الحل تبعاً لرفعه كما ثبت تبعاً لثبوته، وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك، بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلاً للنكاح فكذا الطلاق، ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبراً به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصراً، ولذا نقول: لو قال

إلى الكل كما في الجزء الشائع فإن قيل: لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح لا نعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسري إلى الكل. أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السراية ممتنعة إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان **(وفي الطلاق الأمر على القلب)** يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء قوله: **(ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله)** ظاهر، وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع لا محالة، فإذا ورد عليهما دخل الأتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكراً للتبع، وأما ذكر التبع فلا يكون ذكراً للأصل. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن عبر النبي ﷺ باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترده» أجيب بأن المراد به

قوله: **(أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت)** أقول: يمكن أن يدعي مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات، وكذا في قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾ وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عز تقدير المضاف، ولا يخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه، والشرط موجود لأن الأخذ يسند إلى اليد أيضاً قوله: **(وإنما الكلام من حيث الحقيقة)** أقول: يعني بدون الإضمار.

besturdubooks.wordpress.com

فكذا يكون محلاً للطلاق. واختلفوا في الظهر والبطن، والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن (**وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت**) طالقاً (**تطليقة واحدة**) لأن الطلاق لا يتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا (**ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً**) لأن

الزوج: عنيت الرأس مقتصراً قال الحلواني: لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفاً مشتهراً لا يصدق ولو قال: عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلاً في قوله عز قائلاً ﴿**ذلك بما قدمت يداك**﴾ [الحج: ١٠] أي قدمت وعناه ﷺ في قوله «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبني على العرف ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع، ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع، ولا مناقشة في هذا، إنما الخلاف في أن ما يملك تبعاً هل يكون محلاً لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل، فأما على مجازه في الكل لا إشكال أنه يقع يداً كان أو رجلاً بعد كونه مستقيماً لغة أو لغة قوم قوله: (**واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن**) وكذا لو قال: ظهرك عليّ أو بطنك عليّ كظهر أمي: أي لا يكون مظاهراً، وقوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[2] الظهر مقحم فيه، أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع، ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع، وما في بعض النسخ: لو قال بضعك طالق يقع. قال شمس الأئمة الحلواني: تصحيف، إنما هو بعضك أو نصفك. وفي الخلاصة: استك طالق كفرجك طالق، بخلاف الدبر، قال شارح: عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لأن البضع بمعنى الفرج أيضاً ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر. والأوجه أن محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل، وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الإست كذلك. وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال: يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به. هذا وقد يقال على المصنف إن كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان، فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه، وأيضاً ظاهر الكلام أن

صاحب اليد على حذف المضاف، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت، وإنما الكلام من حيث الحقيقة. قال شمس الأئمة الحلواني: إذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد أن نقول بأنها لا تطلق، ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد أن نقول بأنها تطلق، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما، بخلاف اليد والرجل. قال المصنف (**والأظهر أنه لا يصح**) أي الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك عليّ كظهر أمي لا يكون مظاهراً (**وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة**) لأنه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق، إذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليباً للمحرم على المبيح وإعمالاً للدليل بقدر الإمكان، لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجة ٢٤٠٠ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣ كلهم من حديث سمرة.
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط البخاري. وسكت الذهبي والصواب أنه غير قوي حيث رواه الحسن عن سمرة.
قال ابن حجر التلخيص ٣/ ٥٣: والحسن مختلف في سماعه عن سمرة وزاد فيه أكثرهم: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه.
فالحديث حسن لا يتعداه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٥٥ و ١٤٢٦ و ٥٣٥٦ وأحمد ٢/ ٢٧٦، ٢٧٨ والنسائي ٥/ ٦٩ وابن حبان ٣٣٦٣ كلهم من حديث أبي هريرة بأتم منه وصدره: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنىً واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول.

besturdubooks.wordpress.com

نصف التطليقتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة. ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل، وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه

المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال، ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك قوله: **(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة)** وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال: جزء من ألف جزء من تطليقة. وقال نفاة القياس: لا يقع به لأن بعض الشيء غيره، والمشروع الطلاق لا غيره، ولا يخفى أن المراد بغيره ما ليس إياه، وإلا فالبعض عند المتكلمين ليس نفساً ولا غيراً. والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن، ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفواً عنه، فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحاً كالعفو قوله: **(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً لأن نصف التطليقتين تطليقة، فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة)** وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها شكاً لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفاً، لأن الطلقتين إذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منهما طلقة ونصف فتكمل طلقتين، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلاً من طلقتين، والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين قوله: **(ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل)** وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي والعتابي، وعرف منه أنه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة **(وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثاً)** والثلاث كالجمع اختصاراً للمتعاطفات، فكأنه قال: نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة، ولو قيل: إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشيء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه لأن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير، بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى فأوقع من كل تطليقة جزءاً ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الأخير من أخرى، وعلى هذا لو قيل: يقع ثلاث إذا قال: نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد، إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط، والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ، ولو قال لأربع نسوة له: بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال:

أوجب إكماله وإلا لزم إبطال الدليل **(وكذا الجواب في كل جزء سماه)** والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها **(لما بينا)** أنه لا يتجزأ **(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً لأن نصف تطليقتين تطليقة)** فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة، وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير. قال فخر الإسلام: إنما أورد: يعني محمداً هذه المسئلة لإشكال وهو أن كل عدد لا يكون إلا نصفين، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغو. والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات. ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لا معنى له. ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغواً فبقي قوله أنت طالق. ولقائل أن يقول: هذا الكلام أما إن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازاً، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال. والجواب أنه مجاز، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل. وطولب بالفرق بين

قوله: **(وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: فينبغي أن تكون المسألة خلافية قوله: **(لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل إلخ)** أقول: فيه أنه لا يعقل كون ثلاثة أنصاف جزء الشيء إلا أن يكتفي بجزئية النصف.

besturdubooks.wordpress.com

فتصير ثلاثاً (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة، وقال في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر: الأولى لا يقع شيء، وفي الثانية تقع واحدة، وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية، كما

بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعاً فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث، ولو قال: بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين، وكذا ما زاد إلى ثمان، فإن زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثاً ولا يخفى الوجه، وكذا لو قال: أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء. بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لأنه شركها في كل تطليقة. وفي آخر باب الطلاق من المبسوط: لو قال: فلانة طالق ثلاثاً ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلاث، بخلاف ما تقدم، لأن هناك لم يسبق وقوع شيء فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئاً مما أوقع عليها بإشراك الثانية، وإنما يمكنه أن يسوّي الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها، ولأنه أوقع الثلاث على الأولى فكلامه في حق الثانية إشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات، وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما. وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً وقال لأخرى أشركتك فيما أوقعت عليها ولثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما، وبعد أن كتبنا تطلق الثلاث ثلاثاً ثلاثاً قلنا: إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها في ست. وفي المبسوط أيضاً: لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثاً ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لأنه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثاً، وكذا لو قال لأربع: أنتن طوالق ثلاثاً ينوي أن الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثاً قوله: **(أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان)** وهذا التفصيل عند أبي حنيفة، وقالا: في الأولى وهي قوله: من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله: من واحدة إلى ثلاث وما بين واحدة إلى ثلاث يقع ثلاث. وقال زفر في الأولى: لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين، والثانية ما كان مدخولها ثلاثاً. ثم قال المصنف في قول زفر: وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. واعلم أن زفر لا يدخل الحدين لا الأول ولا الثاني، والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة إلى وحتى لأنها المنتهى. فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد: أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو

ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق إلا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة. ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثاً. وأجيب بأن جواب هذا اللفظ غير محفوظ. وبعد التسليم فالفرق واضح بين، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره، وههنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا **(ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان)** وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي في الأجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير. وقال العتابي: هو الصحيح لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة. وقال بعض المشايخ: يقع ثلاثة لأن كل نصف يكون طلقة واحدة لأن الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة. قال: **(ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين)** إذا

besturdubooks.wordpress.com

لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط. وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المراد به الأكثر

البيع مثلاً فلا يدخل الحدان فيه، فكذا في الطلاق. وقد صرح بتسمية الأولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال: ثم الغاية الأولى. والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصولي، لأن زفر إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للأصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث فقال: تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، وكذلك من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال: من ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون إيراد مسئلة البيع ذكر محل بإعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل إعماله ليبين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها. والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل، ثم قد نسب إلى أبي حنيفة ما نسب إلى الأصمعي غير أنه قال له في الإلزام كم سنك؟ فقال له زفر: ما بين ستين إلى سبعين فقال له أبو حنيفة: سنك إذا تسع سنين، وهذا بعيد إذ يبعد أن يجيب فيما بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حينئذ إلا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع. على أنه روى أنه قال عند إلزام الأصمعي: استحسن في مثل هذا، والذي يتبادر في وجه استحسانه أن في قول الرجل: سِنّي ما بين الستين إلى السبعين عرفاً في إرادة الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل، ولا عرف في الطلاق إذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره، وقد قيل من طرفه غير هذا، وهو أن ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة، وهذا بناء على أن ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنان وستون إلى تسع وستين لا واحدة إلى تسعة، وإنما يصح إذا لم يعتبر الحد الأول خارجاً عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا، والظاهر أنه خارج، وجواب زفر حيث قال: لا يتناول الحدين صريح فيه، والأوجه ما ذكرنا له والله أعلم قوله: **(وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل)** كقول الرجل: خذ من مالي من عشرة إلى مائة وبع عبدي بما بين مائة إلى ألف وكل من الملح إلى الحلو. له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو قوله: **(ولأبي حنيفة أن المراد في العرف الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل)** ولا يخفى أن المراد أن ذلك إنما هو إذا كان بين الحدين متخلل فإنه لا يتحقق في نحو من درهم إلى درهمين إرادة مجموع الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر، ففي نحو طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب إعمال طالق فيقع واحدة. ولا يعترض بأنه لا يتأتي في من واحدة إلى ثنتين لأنه لم يذكر إلا لما يصدق عليه ولم يدع أنه جار في غيره ليعترض بأنه

طلقها مشتملاً كلامه على الغايتين، فإما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لا تدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة، والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد. وجه قول زفر أن غاية الشيء لا تدخل فيه وإلا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، وهو قياس محض. وروي أن أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين، فقال له إذن أنت ابن تسع سنين فتحير.
وروى فخر الإسلام أن الأصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له: ما تقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث؟ قال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين، فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين يكون ابن تسع سنين، فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله أن من قال من واحدة إلى واحدة لا يقع شيء، وقيل يقع واحدة لأنه لما جعل الشيء الواحد حداً ومحدوداً لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق.

قوله: (لغا آخر كلامه) أقول: يعني قوله من واحدة إلى واحدة.

besturdubooks.wordpress.com

من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه،

لم يصدق في عدم متخلل مع أنه مسوق لنفي قولهما يجب الأكثر. والحاصل أن قول: كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة إلى قول زفر: إلا أنهما أطلقا فيه، وأبو حنيفة يقول: إنما وقع كذلك فيما مرجعه إباحة كالمثل المذكورة، أما ما أصله الحظر حتى لا يباح إلا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل، غير أن الغاية الأولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة إيقاعها وهي صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه، بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة، أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لأنها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو منتفٍ، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح في قوله: من واحدة إلى واحدة أنه يقع واحدة عند زفر خلافاً لما قبل: لا يقع عنده شيء لعدم التخلل. ووجه بأنه يلغو قوله: من واحدة إلى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة، كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة إلى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة، وأورد إذا قيل: طالق ثانية لا يقع إلا واحدة. أجيب بأن ثانية لغو فيقع بأنت طالق واحدة، بخلاف قوله: هنا من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الثانية فلا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى. فإن قيل: لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الأمرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث. والجواب أن ذلك في المحسوسات، أما ما نحن فيه من الأمور المعنوية فإنما يقتضي الأول واحتمال وجود الثاني عرفاً، ففي من الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئاً في التحكم به لإفادة ذلك القدر. بقي أن يقال: إن هذا إن انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم أنه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم إدخال الغاية الأولى لأن ما بين إنما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج إلى إدخالها ضرورة إيقاع الثانية في من واحدة إلى ثلاث. ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدي أجزاء لفظه وهي لا توجب إلا دخول ما بين الحدين ولا مخلص إلا بادعاء أن العرف أفاد أن مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر قوله: **(بخلاف)** جواب عن قياس زفر

ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام في العرف يراد الكل، كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم إلى مائة. ولأبي حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو ما بينهما، فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون ما ذكرناه: يعني الأكثر من الأقل أو الأقل من الأكثر، قيل فيه نظر لأنه لا يتمشى في قوله من واحدة إلى ثنتين. وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضاً لأن الأكثر فيه الثلاث والأقل الواحد، والأكثر من الأقل والأقل من الأكثر الثنتان، وليس بشيء لأن قوله لأن الأكثر فيه: يعني في الطلاق، وليس الكلام في الأكثر في الطلاق وإنما الكلام في الأقل والأكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه. وأقول: قوله إن المراد به الأكثر من الأقل: معناه إذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة إلى ثلاث. وقوله سني من ستين إلى سبعين. وقوله والأقل من الأكثر معناه: إذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة إلى ثنتين، وعلى هذا يسقط الاعتراض. قوله: **(وإرادة الكل)** جواب عن قولهما يراد به الكل

قوله: **(وأجيب بأنه يتمشى إلى قوله والأقل من الأكثر ثنتان)** أقول: فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة إلى اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك قوله: **(وإنما الكلام في الأقل والأكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه)** أقول: لا نسلم ذلك، ألا يرى: أنه لو قال من واحدة إلى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسألة في شرح الكنز للزيلعي وفتح القدير قوله: **(وأقول قوله إن المراد به الأكثر من الأقل، معناه إذا كان بينهما عدد إلخ)** أقول: فيه بحث: فإنه إذا تخلل بينهما شيء يراد الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل، فلا وجه للتخصيص الذي ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فإنهم يقولون سني من ستين فليتأمل قوله: **(معناه إذا لم يكن بينهما ذلك)** أقول: لا بد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله.

besturdubooks.wordpress.com

وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر، إذ الأصل في الطلاق هو الحظر، ثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية، ووجودها بوقوعها، بخلاف البيع ولأن الغاية موجودة قبل البيع؛ ولو نوى واحدة يدين

على مسئلة من هذا الحائط إلى هذا الحائط بالفرق بأن التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة، بخلاف الغاية في البيع فإنها لم تدع ضرورة إلى إدخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين، وأنت علمت أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بقضية اللفظ، ومسئلة البيع لإظهار أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة: أن العرف فيه إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فاقتضى في من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فلزم وقوع الأول، بخلاف بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط لأن التعارف إنما وقع في الأعداد نحو من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان. وبه اندفع سؤال أن ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فإن العرف أعطى أن قضيته عدم وقوع الثانية.

[فرعان] لو قال: من واحدة إلى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة، وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر في الطلاق، حتى لو قالت: طلقني ستاً بألف وطلقها ثلاثاً وقعت الثلاث بخمسمائة، ولو قال: ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف، بخلاف ما إذا كان غاية، وكذا يجب عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن في الغاية قوله: **(ولو نوى واحدة)** أي في من واحدة إلى ثلاث وفي ما بين واحدة إلى ثلاث إذا كان فيه عرف الغاية قوله: **(لأنه خلاف الظاهر)** وفيه تخفيف عليه قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب)** عالماً بعرف الحساب **(فهي واحدة)** ففيما إذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة. وقال زفر والحسن بن زياد: يقع ثنتان بعرف الحساب، وهو قول مالك والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب، فلو كان

كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم إلى مائة وهو ظاهر. قوله: **(ثم الغاية الأولى)** جواب عن قول زفر. ووجهه أن القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت، إلا أن الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة لأنه أوقع الثانية، ولا يصح إلا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها. قوله: **(بخلاف البيع)** جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط. ووجه ذلك أنه قياس فاسد لأن الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في إدخالها، وأما في صورة النزاع فإنها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل أنا لم نقل بأن الغاية داخلة، وإنما قلنا إنه لا بد من وجودها لضرورة الثانية. ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع إلا واحدة ولم يضطر فيه إلى الأولى لوقوع الثانية. وأجيب بأن قوله ثانية صار لغواً، بخلاف قوله من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى. ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لأنه محتمل كلامه لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر

قوله: **(ولا بد من وجودها إلخ)** أقول: إذا كانت الطلقة الأولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عند قوله: **(وأجيب بأن قوله ثانية صار لغواً إلخ)** أقول: لم لا تثبت الطلقة الأولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل؟ ينبغي أن يتأمل فيه، ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة، فإن إيقاع الطلقتين معاً مكروه كما سبق، وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية، وتفصيله أن صون كلامه عن الإلغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضاً فبقي الأصل وهو عدم الاقتضاء قوله: **(في إيقاع الطلاق بالاتفاق)** أقول: يعني منا ومن زفر قوله: **(ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثنتين إلخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا قال من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام؟ ويجوز أن يقال: مراده يصدق عندهما، وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فإن بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأبى عن هذا.

besturdubooks.wordpress.com

ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر **(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة)** وقال زفر: تقع ثنتان لعرف الحساب، وهو قول الحسن بن زياد. ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها **(فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث)** لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين، وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن كلمة «في» تأتي بمعنى «مع» كما في قوله تعالى:

ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجهاً واحداً، وبه قال أحمد. وعندنا يقع واحدة بكل حال. وجه قول زفر: أن عرفهم فيه تضعف أحد العددين بعدد الآخر، فقوله: واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين في ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال: طالق أربعاً فيقع الثلاث، فالإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلاً، لأن ضربه درهمه مثلاً في مائة ألف إن كان على معنى الإخبار كقوله: عندي درهم في مائة فهو كذب، وإن كان على الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا ينجعل بقوله: ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشيء قوله: **(أثره في تكثير المضروب لا زيادة العدد)** والطلقة التي جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة، ولا يخفى أن هذا لا معنى له بعد قولنا إن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفاً بعدد الآخر، فإن العرف لا يمنع، والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها قوله: **(فإن نوى واحدة وثنتين)** بقوله: واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمله، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو، ولو كانت غير مدخول بها وقعت كما لو قال لها: أنت طالق واحدة وثنتين، وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، كما لو قال لغير المدخول بها: طالق واحدة مع ثنتين، وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى: **﴿فادخلي في عبادي﴾** [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي. وفي الكشاف أن المراد في جملة عبادي، وقيل: في أجساد عبادي، ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا، ولا يخفى أن تأويلها مع عبادي ينبو عنه **﴿وادخلي جنتي﴾** [الفجر: ٣٠] فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى: **﴿ونتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة﴾** [الأحقاف: ١٦] وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الإقرار بأن قال له: عليّ عشرة في عشرة وادعى الخصم الجميع: أي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي أنه ما أراد الجميع، أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع إلا المذكور أوّلاً، ففي واحدة في ثنتين واحدة وفي ثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقاً، لأن الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثاني قوله: **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر: بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول)** وأورد عليه أنه لو قال: طالق طلقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول؟ أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحاً فيوقع به الرجعي وكناية فيوقع به البائن لأن الإثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لأنه إثبات من الجواد لأنه إثبات الجود له ببينة: أعني كثرة الرماد، وأنه تعليل على مذهبنا إلزاماً كأنه قال لما قال: من هنا إلى الشام فقد وصفه بالطول، ولو وصفه

(ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة. وقال زفر: يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم أن واحدة في ثنتين ثنتان **(ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب)** لأن الغرض به إزالة كسر يقع عند القسمة، فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين، **(وتكثر أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها)** كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع إلا واحدة **(فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله لأن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف)** وقوله: **(ولو كانت غير مدخول بها)** واضح **(وإن نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث)** سواء

besturdubooks.wordpress.com

﴿فادخلي في عبادي﴾ أي مع عبادي، ولو نوى الظرف تقع واحدة، لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني **(ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان)** وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعا، لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث. وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة)** وقال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول قلنا: لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها **(ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، وكذلك لو قال أنت طالق**

بالطول صريحاً بأن قال: طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالأولى لما قلنا، وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب إذا دفعه إلى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع أن الزكاة لا تسقط عنده إذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك، أو أن عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لأن بعض المشايخ قال: في دليله لأنه وصفه بالطول. ولو قال: أنت طالق طلقه طويلة كان بائناً كذا هنا، ولأن قوله: من هنا إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لأنه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل، لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله: لأنه وصفها بالطول بل يقول: وصفها بالطول والعرض قوله: **(قلنا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات)** ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلاً فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة. وقال التمرتاشي: إنه إنما مد المرأة لا الطلاق. ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق قوله: **(ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال)** وكذا في الدار وإن لم يكن في مكة ولا الدار، وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان، فلو قال: طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن قال: عنيت إذا لبست وإذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه، كما إذا قصد بقوله بمكة أو في مكة إذا دخلت مكة فإنه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء قوله: **(لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان)** المعنى أن الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لأن الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في

كانت مدخولاً بها أو لم تكن **(لأن كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾)** عند بعض أهل التأويل، وهذا لأن أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفاً للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له **(ولو نوى الظرف تقع واحدة)** لأن الطلاق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير فيلغو ذكر الثاني **(ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب)** والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالأربعة في الخمسة يحصل عشرون لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات **(فهي ثنتان)** وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعاً بعرف الحساب **(لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث. وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه)** يعني في قوله إن عمل الضرب في تكثير

قال المصنف: (كما في قوله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾ أقول: أنت خبير بأنه لا منع هنا عن حمل «في» على الظرفية بل هي الظاهرة قال ابن الهمام: ولا يخفى أن تأويله «مع» ينبو عنه ﴿وادخلي جنتي﴾. فإن دخولها معهم ليس إلا إلى الجنة، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ﴿ونتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة﴾ انتهى قال المصنف: **(لأنه وصف الطلاق بالطول)** أقول: قال الزيلعي: لا يقال إنه لو صرح بالطول لا يكون بائناً عنده فكيف يمكن إيقاع البائن عنده بهذا القول؟ لأنا نقول: الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف، ألا يرى أن قولهم فلان كثير الرماد أبلغ في الوصف بالكرم من قولهم جواد، ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض فيجاز أن تقع به البينونة عنده، بخلاف ما إذا وصفه بالطول لأنه لا يستعظم عادة ذكره في الكافي، وجائز أن يكون له روايتان، وفي الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا إلى الشام المبالغة في الطول: أي بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى **﴿يأخذ كل سفينة غصباً﴾** أي كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى. وفي قوله صاحب الكافي ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض بحث، لأن العرض غير مذكور في دليله على ما ذكر في هذا الكتاب.

besturdubooks.wordpress.com

في الدار) لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان، وإن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لاقضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن نوى إن مرضت لم يدين في القضاء **(ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة)** لأنه علقه بالدخول. ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية.

الحال، وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه تعالى سبباً لذلك أن يعلق وجوده أمر معدوم حتى إذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعاً شرعياً لا لزوماً عقلياً، والزمان والأفعال هما الصالحان لذلك لأن كلاً منهما معدوم في الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما، بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فلا يتصور الإناطة به، ولو أناط به قبل وجوده فالمناط إنما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والأفعال، ثم الزمان في الإضافة والتعليق يكون مستقبلاً. أما الحال فإنما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق. وأما إضافته إلى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق سيقع به الحال، وإنما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب أن يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لأن الفعل لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود ما علق لتوقفه على فعل الفاعل له، وإنما يصح ذلك في أثره الشرعي لأن حاصلة تعلق خطابه بالحرمة عنده، وهذا يمكن اعتباره شرعاً، فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق، والله سبحانه أعلم قوله: **(ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل)** أي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط لمقارنة بين معني الشرط والظرف من حيث أن المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه: أعني الظرف، وكذا إذا قال: في لبسك أو ذهابك، وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك، ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلاً اختيارياً أو غيره، حتى لو قال: في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي.

الأجزاء لا في زيادة المضروب **(ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة. وقال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول)** والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء إنما تظهر بامتناعه عن قبول الإبطال، وذلك في البائن دون الرجعي. فإن قيل: إذا صرح الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعياً عنده فكيف صح تعليله بالطول؟ أجيب بأنه إذا قال إلى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان. وأقول: هذه خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال، وقيل يجوز أن يكون عنده في هذه المسألة روايتان، وهذا أقرب **(وقلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه إذا وقع وقع في الأماكن كلها)** فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه **(ولو قال أنت طالق بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد، وكذا لو قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر)** قوله: **(وإن عنى به)** ظاهر. قوله: **(عند تعذر الظرفية)** إنما تعذر الظرفية لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلاً له فيحمل على الشرط لمقارنة: أي لمناسبة بين الشرط والظرف يسبق المظروف كما أن الشرط يسبق المشروط. قال شمس الأئمة: وقيل لأن الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط.

besturdubooks.wordpress.com

فصل
في إضافة الطلاق إلى الزمان

(ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه، ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم، وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوّه به)** فيقع في الأوّل في اليوم

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ذكر في باب إيقاع الطلاق فصولاً متعددة باعتبار تنوع الإيقاع: أي ما به الإيقاع على ما قدمناه إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخول به وغير مدخول بها، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتاباً، والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال. والعلم مطلقاً بمعنى الإدراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع، والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه، وقطعية كالكلام والحساب والهندسة، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفاً، وقيل: للواضع صنف العلم، أي جعله صنفاً فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضاً فيهم وعلم بما ذكرنا أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وأن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب قوله: **(ولو قال أنت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد)** لأن جميعه هو مسمى الغد، ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه خلاف الظاهر وقوله: **(لأنه نوى التخصيص في العموم)** تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد، وإلا فلفظ غداً نكرة في الإثبات فليس من صيغ العموم قوله: **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يقع في أول الوقتين الذي تفوه به)** أما الأول فلأنه نجزه فلا يرجع متأخراً إلى وقت في المستقبل. وأورد عليه أنه لم لم يعتبر لإضافة أخرى لا لإضافة عين ما نجز؟ والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعاً للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى، فإنها إذا طلقت اليوم كانت

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ذكر ههنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه، وتشبيهه إضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط **(ولو قال أنت طالق غداً)** على ما ذكره في الكتاب واضح. قوله: **(ونوى التخصيص في العموم وهو)** أي العموم **(يحتمل التخصيص)** فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة **(لكنه مخالف للظاهر)** لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء. ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفراداً متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك، وما يتوهم فيه من الأول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده، وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصاً فلا عموم ولا تخصيص. والجواب أن المراد به الحقيقة والمجاز فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة **(ولو قال أنت طالق اليوم غداً)** ظاهر. واعترض بأنه لم لا يجعل غداً ظرفاً لطلاق آخر؟ وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق، والأصل

فصل في إضافة الطلاق

قال المصنف: **(لأنه نوى التخصيص في العموم)** أقول: فيه تجوز، والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الإجزاء منزلة الإفراد، وإلا فلفظ غداً نكرة في سياق الإثبات فلا تعم قوله: **(لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار)** وأقول: وهذا لا يوافق كلام المصنف، والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس كما قاله الإتقاني.

besturdubooks.wordpress.com

وفي الثاني في الغد، لأنه لما قال اليوم كان تنجيزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة، وإذا قال غداً كان إضافة والمضاف

غداً كذلك، حتى لو كانت بالعطف بأن قال: أنت طالق اليوم وغداً أو أول النهار وآخره لا يقع إلا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غد فإنها لا تطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز؟ فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر، وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع، وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بياناً لوقت الوقوع وهو ظاهر، وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع في الحال، وإذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافي واعتبار المعلق أولى لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم، وفي اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهي قوله: إذا جاء غد لأنه لم يقع الفرق في الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيزاً مع اتصال الغير الشرطي ولم لم يتوقف فكان تنجيزاً مع اتصال المغير الإضافي. فإن قيل لم لم يجعل الثاني ناسخاً؟ أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره، وتقرر الطلاق الأول وثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره. وأما الثاني وهو قوله طالق غداً اليوم فلأنه وقع مستقيماً مضافاً وبعد ما صح مضافاً إلى غد لا يكون بعينه منجزاً بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى، وإنما وصفها بتطليقة واحدة لأنها لزمت إضافتها إلى الغد فلزم إلغاء اللفظ الثاني ضرورة، ولا يمكن جعله ناسخاً للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مستبد في نفسه متراخ وهو منتف هنا. فإن قلت: فما وجوه المسئلة إذا وسطت الواو؟ فالجواب إذا قدم المتقدم من الوقتين كأنت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغداً أو في ليلك ونهارك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلاقها في أول الوقتين تكون طالقاً في آخرهما، ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغداً واحدة صح ووقعت ثنتان، وكذا طالق اليوم وغداً وبعد غد يقع واحدة بلا نية، فإن نوى ثلاثاً متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك، وإن قدم المتأخر كطالق غداً واليوم أو في نهارك وليلك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان، لأن الأول وقع مضافاً صحيحاً والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما في الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غداً وأنت طالق اليوم، وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال: أنت طالق كل يوم، فعند زفر يقع الطلاق في ثلاثة أيام لأنه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقاً في كل يوم يحصل بإيقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعاً كل يوم، ولا يخفى أن نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غداً واليوم يقع واحدة مشكل، لأن كل يوم إما أن يتعين اليوم وغداً وبعد غد إلى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غداً وما بعده واليوم فكذلك، وكذا لو قال: أنت طالق أبداً لم تطلق إلا واحدة، فلو نوى أن يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته، وفي هذه المسئلة ما قدمناها من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق للسنة. وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه أو صحة نية الثلاث إما باعتبار إضمار التطليق كأنه قال: طالق كل يوم تطليقة أو بإضمار في كأنه قال: في كل يوم، ولو قال: في كل يوم طلقت ثلاثاً في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر. وفرقوا بأن في للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع،

خلافه فلا يصير إليه في غير موضع الضرورة، وفيه نظر لأن صون كلام العاقل عن الإلغاء نوع ضرورة. والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغداً وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة إلى غيرها، وعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الإلغاء. فإن قيل: هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غداً اليوم لأنه وصفها بالطلاق غداً والموصوف به غداً لا يكون موصوفاً به اليوم. أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهي إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لإثباتها

besturdubooks.wordpress.com

لا يتنجز لما فيه إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين **(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالا: لا يدين في القضاء خاصة)** لأنه وصفها بالطلاق «في» جميع الغد فصار بمنزلة قوله غداً على ما بيناه ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية، وهذا لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري، بخلاف قوله غداً لأنه يقتضي الإستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد. نظيره إذا قال والله لأصومنّ عمري، ونظير

بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع قوله: **(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة، وقالا: لا يصدق في القضاء خاصة)** ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله: طالق غداً وفيه لا يصدق في نيته آخره، ولهذا أي ولأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقاً عند عدم النية، وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غداً لأن حذف لفظة في مع إرادتها وإثباتها سواء فإذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي إثباته كذلك. ولأبي حنيفة أن ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونها متصلاً بجزء آخر أو كله أو لا، وإنما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فإذا نوى جزءاً من الزمان خاصاً فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك جزء من أفراد المتواطىء، بخلاف ما إذا لم يذكروا وصل الفعل إليه بنفسه فإن المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخاً وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، ومثل قوله: في غد قوله: في شعبان مثلاً، فإذا قال: طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب، وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف قوله: **(ولو قال أنت طالق أمس)** أو في الشهر الذي خرج **(وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء)** بإجماع الفقهاء لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكيه الطلاق فكان حاصلة إنكاراً للطلاق فيلغو فكان كقوله: أنت

فيكون الثاني لغواً **(ولو قال أنت طالق في غد)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. قوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفاً للظاهر وقد علمت ما فيه. قوله: **(ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه)** قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفاً للظاهر وقد علمت ما فيه. قوله: **(ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه)** قيل فيه إشارة إلى جواب عن قولهما مخالفاً للظاهر. وتقريره أن خلاف الظاهر إنما لا يدين في القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه، وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة، ألا ترى أن من حلف لا يتزوّج ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وإن كان مخالفاً للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه. وفيه نظر لأن الحقيقة لا تحتاج إلى النية وإنما يحتاج إليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز. ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته، وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى **﴿إنا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد﴾** فإنه لا استيعاب فيما فيه الحرف، وهو ثابت فيما لا حرف فيه، وبيانه أن الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل والمرسل إليهم في الدنيا مقرونة بحرف «في» وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لأن نصرة الله إياهم في الآخرة دائمة، وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الأوقات لأنها دار الابتلاء، وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر. وإذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما

قوله: **(أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمر لإثباتها إلخ)** أقول: وهذا يجري في الصورة الأولى أيضاً قال المصنف: **(وهذا لأن حذف في إلخ)** أقول: أي كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غداً قوله: **(قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفاً للظاهر إلخ)** أقول: الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف: **(حيث وصفها بهذه الصفة)** أقول: تنبيه ليس بدليل إذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة.

besturdubooks.wordpress.com

الأول: والله لأصومنّ في عمري، وعلى هذين الدهر وفي الدهر **(ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء)** لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو، كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه يمكن

طالق قبل أن أخلق، ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء أمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أي طالق أمس عن قيد النكاح إذا لم تنكحي بعد أو عن طلاق زوج كان لها إن كان بخلاف ما لو قال: للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان، لأن الظاهر في التركيب الإيقاع والإنشاء فلا يعدل عنه إلا لتعذره، والصارف عنه إلى محتمله وهو عدم صحة الإنشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الأولى، إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول: طائفة من المشايخ، أو لبقائه متوقفاً إلى انقضاء العدة كقول المحققين، ويشهد لهم أنهم قالوا: إذا قال: كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لأنه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها، بخلاف ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الإخبار ثانياً أو التأكيد إلا أن يقصد التجديد لأن الإيقاع في المنكر ليس غالباً، ولا الداعي إلى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجوداً فيه لأن تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة، ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية، ولا يمكن تصحيحه إخباراً لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان إنشاء في الحال فيقع الساعة، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً بوقوع الطلاق، وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجيز طلاقها لأنه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثاً ووقوع الثلاث سابقاً على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضاً: إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الأجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله، ولحكم العقل أيضاً لأن مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه، ولا يقع تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغواً البتة فبقي الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث: الواحدة النجزة وثنتان من المعلقة، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثاً وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو، ولو كان قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك قوله: **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله: إذا طلقتك وأنا صبي أو نائم)** أو مجنون وكان جنونه معهوداً، فإن لم يكن معهوداً طلقت للحال لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الإضافة **(أو يصحح أخباراً على ما ذكرناه)** من كونه إخباراً عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم قوله: **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت)** باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان، وكذا «ما» تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان، قال تعالى قاصاً لكلام عيسى عليه السلام **﴿وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حياً﴾**

يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فإذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه **(ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة)** أي معلومة **(منافية لمالكية الطلاق)** لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف إليه الطلاق **(فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق)** أو تخلقي **(ولأنه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح)** فكأنه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي، وإذا أمكن ذلك صير إليه لكونه موضوعاً له دون الإنشاء، وفيه نظر لأن الطالق من اتصف بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لأن المطلق إن كان هذا الزوج فليس بمستقيم لأنها لم تكن في قيد نكاحه، وإن

قوله: **(فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب)** أقول: إذا كان الاستيعاب معنى مجازياً لفي غد ينبغي أن لا يتعين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى النية كما لا يخفى.

besturdubooks.wordpress.com

تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج **(ولو تزوجها أوّل من أمس وقع الساعة)** لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شيء)** لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم، أو يصحح إخباراً على ما ذكرنا **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم**

[سورة مريم: ٣١] أي مدة دوامي حياً، فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها، وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف إليه فيقع. فلو قال: موصولاً أنت طالق برّ، حتى لو قال: متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثاً ثم وصل قوله: أنت طالق قال: أصحابنا برّ ووقعت واحدة، وقال زفر: ثلاث، ولو قال: أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لا جملة لأنها تقتضي عموم الإفراد لا عموم الاجتماع، فإن لم تكن مدخولاً بها بانت بواحدة فقط. ولو قال: حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك. وإن قال: زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لأن لم تقلب المضارع ماضياً مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع، وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق، وكلمة لا للاستقبال غالباً، فإن لم تكن له نية لا يقع في الحال، وإنما يراد بحين ستة أشهر لأنه أوسط استعمالاته إذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى: **﴿حين تمسون وحين تصبحون﴾** [الروم: ١٧] وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى **﴿تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها﴾** [إبراهيم: ٢٥] وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره **﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾** [الإنسان: ١] والزمان كالحين لأنهما سواء في الاستعمال قوله: **(ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)** باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة لأنه متى طلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه طلقها، واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدّره المتقدمون بل قالوا: تطلق قبيل موته، فإن كانت مدخولاً بها وورثته بحكم الفرار وإلا لا ترثه. وقوله وهو الشرط: يعني العدم قوله: **(كما في إن لم آت البصرة)** إعطاء نظير، والمراد أن كل شرط بأن منفي حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا، وزاد قيداً حسناً في المبتغى بالغين المعجمة، قال: إذا قال لامرأته: إن لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثاً فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى. ومن ثمة قالوا: لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات قوله: **(وموتها بمنزلة موته هو الصحيح)** احترز به عن رواية النوادر أنها لا تطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها، وإنما عجز بموتها وصار كقوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع

كان غيره فهو المذكور قوله: **(أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج)** فيكون تكراراً، وأيضاً قوله أنت طالق موضوع للإخبار لغة، ولا نسلم أن إمكان المصير إلى المفهوم اللغوي يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي فإن ذلك يفضي إلى إبطال كثير من المفهومات الشرعية. والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق، أو هو محمول على الإخبار عن عدم النكاح مجازاً فإن رفع النكاح يستلزم عدمه، وإمكان المصير إلى المفهوم اللغوي إنما لا يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي إذا لم يفض إلى اللغو، فأما إذا أفضى إليه منعه صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. وقوله: **(أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج)** يعني أن هذه المرأة إما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لا، فإن كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس إخباراً عن عدم النكاح مجازاً، وإن كان الأول جعل إخباراً عن كونها مطلقة ذلك الزوج **(ولو تزوّجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية)** وهو واضح **(ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً)** وهذا على الوجه الأول واضح أيضاً. وأما على الوجه الثاني فإنما يستقيم إذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج، وأما إذا كانت مطلقة فلا يستقيم إلا إذا جعل نكاح هذا الزوج رافعاً لتلك النسبة وفيه ما فيه. قوله: **(ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك)** وما بعده

besturdubooks.wordpress.com

أطلقك وسكت طلقت) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان، وكذا كلمة «ما» قال الله تعالى: **﴿ما دمت حياً﴾** أي وقت الحياة **(ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)** لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة، وموتها بمنزلة موته هو الصحيح **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة، وقالا: تطلق حين سكت)** لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى: **﴿إذا الشمس كوّرت﴾** وقال قائلهم:

وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس

بموته لا بموتها. وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموته، بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع. أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس منه بموتها، وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحاً لانتفاء العدة كغير المدخول بها لأن الفرض أن الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ فلم يله إلا الموت وبه تبين قوله: **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة، وقالا: تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى ﴿إذا الشمس كوّرت﴾** [التكوير: ١] **وقال قائلهم)** وهو ابن أحمر أو حرى بن ضمرة:

(وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعني أخاه الصغير، وما قيل إنه لعنترة العبسي فخطأ عند أهل المعرفة بالشأن لانتفائه من ديوانه، ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلاً وإنما له أخ من أمه اسمه شيبوب، ثم لم تكن أمه بحيث تواكل إياه شداداً حيساً لأنها أبعد من ذلك عند من أطلع على قصته، وقبل البيت المذكور:

هل في القضية أن إذا استغنيتم ... وأمنتهم فأنا البعيد الأجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مرة ... أشجتكم فأنا المحب الأقرب

وإذا تكون كريهة ادعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار يعينه ... لا أم لي إن كان ذاك ولا أب

عجب لتلك قضية وإقامتي ... فيكم على تلك القضية أعجب

واضح. وقوله **(كما في قوله إن لم آت البصرة)** يعني كما قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا **(وموتها بمنزلة موته)** يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضاً. قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لأن الزوج قادر على أن يطلقها ما لم تمت، وإنما عجز بموتها، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة. وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه لا يعقبه الوقوع، كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها. والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق إن لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه، وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو أن في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط، بخلاف قوله إن لم آت البصرة لأنه لا يتحقق الشرط بموتها لأنه قادر على إتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق. قال: **(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت)**

besturdubooks.wordpress.com

كما في قوله متى شئت. ولأبي حنيفة أن كل كلمة إذا تستعمل في الشرط أيضاً، قال قائلهم:

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

واعترض بعض المحشين بأن كلاً من الآية والبيت فيه معنى الشرط، وجواب الأول علمت وجواب الثاني أدعى ويدعى، وأيضاً تنظيره لها بمتى غير صحيح لأنها لا تتمحض للوقت أبداً، وهما مبنيان على أن قوله: للوقت يعني المحض، ولا حاجة تدعو إلى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه، بل المنقول لهما أنه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد في المجازاة، فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط، وليس لهما حاجة أن يبينها أنها للوقت المجرد عن الشرط، بل حاجتهما في إثبات الاجتماع ليكون دفعاً ظاهراً لقول الكوفيين قوله: **(ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضاً)** يعني الشرط المجرد عن معنى الظرفية وإلا لا يفيد، وهذا مذهب نقل عن الكوفيين، واستشهد بقوله:

وإذا تصبك خصاصة فتجمل

حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف، والظرف إما على حد سواء، وإما على أنها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل، ولذا صدقه القاضي في دعواه إرادة الشرط المجرد، وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها إلى الشرب بالآنية وكرعا لأن المجاز هناك غالب. واحتاج أبو حنيفة إلى الفرق لأنه جزم هناك أنها بالمعنى الحقيقي لا هنا، وفرقه أن حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لأن حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافاً فكان حكم الحقيقة ثابتاً يقيناً على كل حال فاعتبرت لذلك: أي للتيقن بحكمها، بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فإنه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز، وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطاً كمتى، فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع، وأما كونها مجازاً في جزء معناها فلم يسمع يقيناً، وبتقدير إحداثه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع. ثم لا يخفى أنه يجب على قولهما: إذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما

أقول: إذا قال لها أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك. فأما إن نوى شيئاً ولم ينو، فإن كان الأول، فإن نوى الوقت وقع في الحال، وإن نوى الشرط وقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة، وإن كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء. قال أبو حنيفة: لم تطلق حتى يموت، وقالا: طلقت حين سكت الزوج لأن كلمة إذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين، واستدل لهما بقوله تعالى **﴿إذا الشمس كوّرت﴾** لإفادة الوقت الخالص في أمر مترقب: أي منتظر لا محالة، وبقوله:

وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لإفادته في أمر كائن في الحال، وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما إلى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً، واستوضح كونه بمعنى متى قوله: **(ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام)** كما في قوله متى شئت، ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في إن. **(ولأبي حنيفة أن كلمة إذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل)** فيهما وهو مذهب الكوفيين، واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه:

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة وهي ليست موضع إذا فكانت بمعنى إن، واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلها، وإذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة **(فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال، وإن أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال، بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه**

قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة إذا مشتركة، إلى قوله: واستدل على ذلك بقول الشاعر إلخ)** أقول: وفيه أن ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك، فإنه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازاً، والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم، وسيجيء بعد سطور قوله: **(ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة إلخ)** أقول: فيه كلام قال المصنف: **(وإذا تصبك خصاصة فتجمل)** أقول: الجزم في قوله تصبك يدل على أنه للشرط.

besturdubooks.wordpress.com

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال، وإن أريد به الوقت تطلق فلا بالشك والاحتمال، بخلاف مسئلة المشيئة لأنه

ظهورها في الظرف، فمراده خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي جبيلاً ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها:

أجبيل إن أباك كارب يومه ... فإذا دعيت إلى المكارم فاعجل
أوصيك إيصاء امرىء لك ناصح ... طبن بريب الدهر غير مغفل
الله فاتقه وأوف بنذره ... وإذا حلفت ممارياً فتحلل
والضيف تكرمه فإن مبيته ... حق ولا تك لعنة للنزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله ... بمبيت ليلته وإن لم يسأل
ودع القوارص للصديق وغيره ... كي لا يروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده ... واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لا تحلل به ... وإذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره ... أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك في أمورك كلها ... وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى ... وإذا تصبك خصاصة فتجمل
وإذا هممت بأمر شر فاتئد ... وإذا هممت بأمر خير فاعجل
وإذا أتتك من العدو قوارص ... فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
وإذا افتقرت فلا تكن متخشعاً ... ترجو الفواضل عند غير المفضل
وإذا تشاجر في فؤادك مرة ... أمران فاعمد للأعف الأجمل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم ... حتى يروك طلاء أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهشين إلى الندى ... غبراً أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وأيسر بما يسروا به ... وإذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فيها للشرط في اثني عشر موضعاً بالجزم ودخول فاء الجزاء، ومعقل من عقلت الناقة بالعقل، يريد عقلي بريب الدهر غير ممنوع، وتجمل: أي أظهر جميلاً ولا تظهر جزعاً، وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب، وأين هذا من الأول في التأديب. وفي المنتفى: لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لأنه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق، وهذا الطلاق يصلح شرطاً في اليمين الأولى، لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولى فحنث في اليمينين فيقع طلاقان. ولو قلب فقال: إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطليق صار حانثاً في اليمين الأولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطاً في الثانية لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية، فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافاً. وإنما هذا على قول أبي حنيفة. أما على قولهما: فيقعان بعد زمان يسير في الأولى للوجه الأول بعينه، وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لأنه حنث في قوله: إذا لم أطلقك فأنت طالق، وكذا لو لم يسكت حتى مات لأن زمان قوله: إذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه. وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوّجك،

للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لأن الأمر صار بيدها بقوله إذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجاً للأمر عن يدها، وإلا لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين. والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة (ولو قال لها أنت وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوّجك، وإذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوّجك، ففي الصورتين الأوليين يقع عند التزوّج

besturdubooks.wordpress.com

على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال، وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له النية البتة، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) معناه** قال ذلك موصولاً به، والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها، وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها. وجه الاستحسان أن زمان البرّ مستثنى عن

اتفاقاً، وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف، وعندهما لا يقع. والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا يصح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وإن الآخر ينسخ الأوّل، وقبل وإذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق، وإذا تقبله فأضيف إليها. ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء، فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال: عند التزوّج أنت طالق قبل أن أتزوّجك فلا يقع، أو لأن الآخر وهو الإضافة إلى قبل نسخ الأوّل وقوله: **(بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنها للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنها للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك)** إعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال، ولأنه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديماً للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا. وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الأمر، فإنه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه أن على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحلّ ومع هذا لا تترجح الحرمة وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط لأن الشك لا يوجب شيئاً إنما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك، وهناك يقع العمل بالدليل، والله سبحانه أعلم. واعلم أن ما ذكره المصنف يشكل لأنه سيذكر أن الخلاف فيما إذا لم تكن له نية، وحينئذ فمقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما: لا يخرج من يدها وعلى قوله: يخرج، وكذا إذا علم أنه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه، وأما إذا عرفت بأن استفسر فقال: أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما: ولا يخرج الأمر من يدها، وكذا على قوله: لأنه مقر على نفسه. وإن قال: أردت الشرط صدق على قوله: ولا يصدق على قولهما: لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه. وأما في مسئلة الطلاق: أعني قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك، فإن قال: عنيت الزمان صدق عندهما، وإن قال: عنيت الشرط لا يصدق عندهما لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه. وعلى قوله: يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتها مع أن في الثاني تشديداً على نفسه قوله: **(ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة)** المنجزة فقط، حتى لو كان قال: أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة. وعند زفر ثلاث **(معناه أنه قال ذلك موصولاً به)** فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعاً **(والقياس أن يقع المضاف أيضاً فيقعان إن كانت مدخولاً بها)** فإن لم تكن مدخولاً بها يقع المضاف وحده **(وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل، وهو زمان قوله: أنت طالق قبل أن يفرغ منها. وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف)** لأن اليمين إنما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان **(أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته)** بر عندنا خلافاً لزفر، فالمراد بالأصل هنا النظير لا أصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر قوله: **(ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوّجها ليلاً طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار)** وهو ظاهر **(ويطلق ويراد به مطلق الوقت)** كقوله تعالى: **﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ [الأنفال: ١٦]** والفرار من الزحف حرام ليلاً ونهاراً. والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له

طالق ما لم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله: **(موصولاً)** لأنه إذا قال ذلك مفصولاً وقعتا قياساً واستحساناً لأنه واجد الزمان الخالي عن التطليق.

besturdubooks.wordpress.com

اليمين بدلالة الحال لأن البرّ هو المقصود، ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى، أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى **(ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت)** لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه وإذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار، وهذا أليق به، ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى: **﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾** والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار.

كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار، فلو قدم فلان ليلاً لا خيار لها أو نهاراً دخل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديراً وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك: أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو. ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوّج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له لغو إذ لا يحتمله **(والطلاق من هذا القبيل)** فيقع ليلاً تزوجها أو نهاراً، كذا في عامة النسخ، وفي الأصل التزوّج من هذا القبيل قيل: كأنه غلط، والصحيح الطلاق من هذا القبيل. وفي النهاية: الصحيح التزوّج من هذا القبيل، قال: كذا وجدته بخط شيخي، ولأنه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء، قال في الإيمان: لو قال: يوم أكلم فلاناً فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار، إلى أن قال: والكلام لا يمتد، ولأن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أتزوّجك لا في أنت طالق، ولأن ذكر القران في قوله: إذا قرن يدل على إرادة التزوّج لا الطلاق لأن مقارنته اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى.
والأصوب الاعتبار الأول: أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه. بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظروفاً أيضاً لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف، بل إنما ذكر المضاف إليه لتعيين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب. ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حالة، إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب: أعني ما يكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان، أو لا يمتد كأنت حرّ يوم يقدم وطالق يوم أتزوّجك فعللوا بامتداد المضاف إليه وعدمه، والمحققون ارتفعوا عن ذلك الإيهام. ومن الشارحين من حكى خلافاً في الاعتبار ويشبه كونه وهماً، ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما

وقوله: **(وأخواته)** يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول. قوله: **(ومن قال لامرأته يوم أتزوّجك فأنت طالق)** ههنا ثلاثة ألفاظ: النهار والليل واليوم، أما النهار فللبياض خاصة، وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية، وأما اليوم فإنه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض، والصحيح وهو مذهب الأكثر أن إطلاقه على مطلق الوقت مجاز لأن حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة، وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به. فإن كان ممتداً وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوماً أو ركبت يوماً أو سكنت يوماً يحمل على بياض النهار لأنه يراد به المعيار، وهذا أليق به وإن كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان، إذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوماً يحمل على مطلق الوقت اعتباراً للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى **﴿ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفاً لقتال﴾** الآية والمراد به مطلق الوقت لأن الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلاً كان أو نهاراً. قوله: **(والطلاق من هذا القبيل)** يعني أنه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير إلى أنه اعتبر المظروف دون المضاف إليه لأنه لتميز المضاف بين سائر الأيام،

قوله: **(فيرجع أحد معنييه إلخ)** فيه أن هذا على تقدير الاشتراك قوله: **(يلحقه الوعيد ليلاً كان إلخ)** أقول: يعني الفرار.

besturdubooks.wordpress.com

ولو قال عنيت بع بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة.

يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان.

[فروع] قال: أنت طالق إلى شهر تطلق إذا انقضى شهر، وأوقعه أبو يوسف للحال، أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصراً. وقال زفر: مستنداً أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستنداً عند أبي حنيفة وقالا مقتصراً على الموت. وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة، فعند أبي حنيفة تعتبر من أوّل الشهر ولو كان وطؤها في الشهر يصير مراجعاً إن كان الطلاق رجعياً، ولو كان ثلاثاً وطؤها في الشهر غرم العقر، وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعاً بذلك الوطء ولا يلزمه عقر، وقيل: تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقاً احتياطاً، وكذا إذا طلقها بائناً أو ثلاثاً أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد، وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثاً. ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولاً بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند، كذا في الجامع الكبير والأسرار. هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح، وقد قيل: يثبت عنده بطريق التبيين. ولو قال: أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصراً كما هو قولهما بعد الموت، وعنده يقع مستنداً حتى إذا كان صحيحاً في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض. أما إذا مات مضى تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث. ولو قال: آخر امرأة أتزوّجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوّج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبداً ثم عبداً ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستنداً إلى وقت الملك والتزوّج، وعندهما مقتصراً حتى يعتبر العتق من جميع المال إذا كان صحيحاً وقت الشراء، فإن كان مريضاً فمن الثلث وفي الزوجة الأخيرة تطلق من حين تزوّجها حتى لا تلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها، وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث. والفرق لأبي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف، كما لو قال: إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم، وهذا لأن الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه، ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله: أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا: بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد، ولو قال: قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقاً، ولو قال لهما: أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما، فإذا ماتت طلقت الأخرى مستنداً عنده ومقتصراً عندهما.

ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة، وكذلك إذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختاري يوم يقدم يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلاً كان أو نهاراً لعموم المجاز، ولم يكن الأمر والاختيار بيدها بقدومه ليلاً مع اتحاد المضاف إليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الأول، وفي اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فأنت طالق، ولهذا لم يعتبر كلهم فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف. فإن قيل: اعتبر المصنف المضاف إليه في مسئلة يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لأن الكلام مما يمتد. أجيب بأن ذلك إنما هو باعتبار أن الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ، وحينئذٍ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود **(ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه)** وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها.

besturdubooks.wordpress.com

فصل

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً، ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق). وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى. لأن ملك النكاح مشترك بين

فصل

فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد قوله: **(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقها ولو قال: أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق)** وبقولنا: قال أحمد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى لأن ملك النكاح: أي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين، وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصبح مضافاً إلى كل منهما. وقوله: وضع لإزالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله: مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه، وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه، قالوا: لو كان كذلك لم يحتج إلى نية كالإضافة إليها، والمختار عندهم أن على الزوج حجراً من جهتها حتى أنه لا ينكح أختها وأربعاً سواها فتصبح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد، لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتيج إلى نية. ولا يخفى أنه يندفع ما أورده على الأول بالنكته الأخيرة إذ يقال: تتميماً للأوّل، وإنما احتاج إلى نية في الإضافة إليه لأنه غير متعارف **(قوله ولنا)** تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد، فمحل

فصل

لما كانت إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى **(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت. وقال الشافعي: يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى)** لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين، فإن الحلّ مشترك بينهما وهو ظاهر، وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح **(والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة)** وكل ما وضع لذلك صح مضافاً إليه كما في الإبانة والتحريم. وقلنا: لا نسلم أن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها الممنوعة عن التزوج والبروز. سلمنا

فصل ومن قال لامرأته

قال المصنف: **(لأن ملك النكاح مشترك)** أقول: أي الملك الذي يوجبه النكاح قال المصنف: **(والطلاق وضع لإزالتهما)** أقول: قال ابن الهمام: الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى. وفيه أن الظاهر أنه راجع إلى الملك والحل قوله: **(وكذلك النكاح)** أقول: أي ملك النكاح قوله: **(ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما إلخ)** أقول: هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده، فإن المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك قوله: **(في عقد النكاح والطلاق)** أقول: قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف: **(ولنا أن الطلاق لإزالة القيد)** أقول: كما ينبىء عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب إيقاع الطلاق قال المصنف: **(وهو فيها دون الزوج)** أقول: قيل أن الزوج مقيد من جهتها أيضاً حتى لا يتزوج أختها ولا أربعاً سواها، وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي. ولك أن تقول: لو كان الزوج مقيداً من جهتها لكان إزالته في يدها، وليس كذلك مع أنه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح قوله: **(لأن ملك النكاح له عليها إلخ)** أقول: وإذا كان الملك له عليها فرفعه يكون بإضافته إلى المملوك، كما في الإعتاق فإن العتق إذا أضيف إلى المولى يلغو إجماعاً قوله: **(ولا يمكن أن يجمع البدلان في ملك شخص واحد)** أقول: لعلها مغالطة فإن المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها، فلو ملكت منافع الزوج أيضاً لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد، وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل، والأولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور.

besturdubooks.wordpress.com

الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافاً إليه كما صح مضافاً إليها كما في الإبانة والتحريم. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوّج والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها **(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس**

الطلاق محلها وهي محلهما دونه فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيان أنها المحل أنها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه، وملكها عليه إنما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لأمور ترجع إلى نفسها فهي المملوكة دونه، ولهذا ملك هو التزوّج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه إياها، والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له، فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به، وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق، بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعي إلخ، والثابت أثر النكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت تبعاً هل يكون محلاً للطلاق، بخلاف الإبانة لأنها أي لفظها موضوع لإزالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عاملة بحقيقتها، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملاً بحقيقته، وسيأتي تمامه في الكنايات. وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لا حكماً للنكاح، ولهذا لو تزوّجها مع أختها معاً أو ضم خمساً معاً لا يجوز قوله: (ولو قال: أنت طالق واحدة أو لا) فليس بشيء وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا، وبه قالت الأئمة الأربعة. قال المصنف: هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف، وهذا قول: أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أوّلاً تطلق واحدة رجعية، كذا ذكر قول: محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما إذا قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء أو ثلاثاً أو لا شيء إنما لا يقع عليها شيء عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين) وهما طالق وواحدة أو لا واحدة أو لا شيء، وخص الخلاف في الأصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة: لكن صاحب

أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة والزوج مالك، وهذا لأنها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد قوله: **(ولهذا)** أي لأنها مملوكة **(سميت منكوحة)** أي وارداً عليها ملك النكاح **(بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح إضافتهما إلى الزوجين، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها)** قيل لو كان الزوجان في الإبانة والحل مشتركين لاتحدا في حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما واللازم باطل فكذا الملزوم، فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع، ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك. وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها، وإن كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعييناً للجهة. قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء)** ظاهر. قوله: **(ولا فرق بين المسئلتين)** يعني بين قوله أنت طالق بواحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع. قوله: **(ولو كان المذكور ههنا)** أي في الجامع الصغير **(قول الكل فعن محمد روايتان)** لأنه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شيء فكان عند محمد أيضاً لا

قال المصنف: (ولا فرق بين المسألتين) أقول: يعني به فرقاً يثبت به حكم مخالف لحكم المسألة الأخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق قوله: **(قيل لو كان الزوجان في الإبانة)** أقول: والظاهر أن يقال في الوصلة قوله: **(وأما الزوج فله ملك على غيرها)** أقول: يعني على غيرها من النساء قوله: **(وقوله ولا فرق بين المسألتين، إلى قوله في حق التشكيك)** أقول: ظاهره لا يلائم كلام محمد

besturdubooks.wordpress.com

بشيء). قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف، وهذا قوله أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أوّلاً تطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء، ولا فرق بين المسئلتين. ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان، له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة «أو» بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق، بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع. ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث، وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما

الأجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات، ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب أنه لم يذكر خلافاً، فعن محمد روايتان. والأوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد: في مسئلة أو لا شيء فدل على وفاقه في هذه المسئلة وهي مسئلة أو لا، وإذ لا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في أو لا شيء وخلافه هناك رواية في مسئلة أو لا قوله: **(له)** أي لمحمد في إيقاعه به واحدة على هذه الرواية **(أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق)** يقع به واحدة **(بخلاف قوله أنت طالق أولا)** أو طالق أو غير طالق فإنه لا يقع به بالاتفاق **(لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع. ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد)** واستدل على هذا بآثار إجماعية: منها أنه لو قال: لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تبق محلاً لوقوع الزائد. ومنها أنه لو قال: أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شيء، ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله: واحدة فاصلاً بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل. ومنها ما لو ماتت قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شيء وقوله: **(وهذا لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف)** أي طالق تطليقة واحدة أو ثلاثاً أو تطليقاً ثلاثاً كما قرره في أول الباب. أما على الإنشاء فلا، وقد رجع المصنف إلى

يقع شيء. ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه. قوله: **(له)** أي لمحمد **(أنه أدخل الشك)** ظاهر قوله: **(ولهما)** أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن الوصف)** يعني: أنت طالق **(متى قرن بالعدد)** مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً **(كان الوقوع بذكر العدد)** وأطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث أنه أصل العدد، ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاماً واحداً في الإيقاع، فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلاً في الإيقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولاً، وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك قوله: **(ألا ترى)** وهو واضح. قوله: **(على ما مر)** أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد قوله: **(فللاجتماع بين المالكية والمملوكية)** قد تقدم تقريره مستوفى. قوله: **(فلأن ملك النكاح ضروري)** بيانه أن ملك النكاح إثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري، فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينفي الحل الضروري لضعفه. فإن قيل: هذا مسلم فيما إذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين،

رحمه الله. التشكيك عنده في تينك المسألتين إنما هو في العدد دون الإيقاع، إلا أن يقال: المراد وجوداً وعدماً قوله: **(وذلك يستلزم ورود الروايتين)** أقول: يعني في كل من المسألتين قال المصنف: **(ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع)** أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف في القاعدة القائلة إن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقاً على ما ظن به خلافه فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم إلغاء كلام العاقل مطلقاً فليتأمل قوله: **(وقوله على ما مر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد)** أقول: والظاهر أنه إشارة إلى ما مر في باب إيقاع الطلاق قوله: **(بيانه، إلى قوله: فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين إلخ)** أقول: ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضاً فإنه خلق مملكاً فالكبرى ممنوعة. والحق أن مراد المصنف غير ما ذكره فليتأمل، ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالماً قوله: **(فقام مقامه تيسيراً)** أقول: الأولى احتياطاً.

besturdubooks.wordpress.com

مر، وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع فلا يقع شيء **(ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء)** لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما **(وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصاً منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة)** للمنافاة بين الملكين، أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء)** لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح، ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه، وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة. وعن

طريقة الإنشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوّجها أوّل من أمس فارجع إليه، والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الإجماعية الدالة على أن الواقع العدد عند ذكره لا الوصف قوله: **(ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له)** وهو موته وموتها، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الأهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها، وإنما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لأنها حالة ارتفاع النكاح، ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره، أو المعنى على تعليقه بالموت وإن كان حقيقة مع للقران؛ ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل قوله: **(وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصاً منها)** أي سهماً بأن كان تزوّج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهماً منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه بأن تزوّجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سهماً منه أو وهبه لها أو ورثته **(وقعت الفرقة)** بينهما فسخاً للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح، أما في ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها، وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع إليه، وأما في ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري لأن إثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة، وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الأقوى به فيرتفع الأضعف الضروري للاستغناء عنه، وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها، وأما في ملك بعضها فأقيم ملك اليمين مقام الحل لأنه سببه احتياطاً، وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك، وهو لا يمنع بقاء النكاح قوله: **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي، لا من وجه)** كما في ملك البعض **(ولا من كل وجه)** كما في ملك الكل **(وكذا إذا ملكته أو شقصاً منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة، وعن محمد يقع)** وإنما قلنا: وعن محمد لأنه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما إذا أعتقته، أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق، وتفصيل محمد على هذا أنه لا عدة هناك عليها: يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به: نقله في الكافي. قال: لو زوّجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال: والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال: فعلم أنه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي

فأما إذا ملك شقصاً منها فينبغي أن لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف. أجيب بأن ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيراً **(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه)** يعني من حيث العدة لأنها أثر من آثاره فلا يجب مع وجود المنافي وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه **(ولا من كل وجه)** يعني من حيث ملك النكاح، وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقاً بقوله ولا بقاء. وقيل لا من وجه: يعني إذا ملك الشقص ولا من كل وجه: يعني إذا ملك الجميع، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي. قوله: **(لا عدة هناك)** يعني في حق مولاها الذي كان زوجها: أي لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها. وأما العدة في نفسها فواجبة،

besturdubooks.wordpress.com

محمد أنه يقع لأن العدة واجبه، بخلاف الفصل الأول لأنه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له **(ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة)** لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق

حق غيره روايتان، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم عن الماء، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل. وإذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد، إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضاً قائمة غير أنها لا تظهر في حقه. وجه قول أبي يوسف: أن الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من أن تكون محلاً للطلاق، وإذا خرجت من المحلية فحاجتنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد. واعلم أن شمس الأئمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما إذا ملكته بل إجراء في الفصلين، فإنه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما: لم يقع طلاقه. فقال في المبسوط: وقيل هذا قول أبي يوسف: الأول وهو قول محمد: ، فأما على قول أبي يوسف: الآخر يقع طلاقه. ثم قال: وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد، وفي قول أبي يوسف: الآخر يقع، وكذا الخلاف فيما لو اشترى المرأة زوجها: يعني فأعتقته فحكي الخلاف في الصورتين قوله: **(وإن قال)** أي الزوج لها **(وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطليق)** إذ هو السبب **(حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ)** أعني العتق **(ينتظمهما)** أي ينتظم الإعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها أثر له، ومعنى الانتظام ههنا صحة. إرادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي في إطلاق واحد، والإعتاق معنى مجازي للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة، وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيداً، وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فمشكل لأنه قاصر، وإنما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل العتق اسماً للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصيراً معبراً به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط. والوجه الثاني هو أن لا يكون. كذلك، بل عن العتق، هذا معنى الإشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين، والعجب مما نقل في جوابه من قول من قال: ليس بمشكل لأنه لما علق التطليق

حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوّج بآخر قبل انقضاء عدتها. قال: **(وإذا قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق)** وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شيء من أداته وأنه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وأنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق. أما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور: يعني بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطاً ووقوع الطلاق مشروطاً. وأما أنه تعليق التطليق فلأن تصرف المرء إنما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمراً شرعياً ليس داخلاً تحت قدرته، وأشار إلى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع عليه العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول. وأما أنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق فلما قال لأن اللفظ ينتظمهما: أي يتناولهما على سبيل البدل. أما الإعتاق فعلى طريق الإستعارة لما أن العتق لما لم يتصوّر في غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علته. وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت أنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق، وإذا كان التطليق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده لأن الجزاء يعقب الشرط، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة. بقي عليه شيء وهو أن كلمة مع للمقارنة فيكون منافياً لمعنى الشرطية. وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى ﴿**فإن مع العسر يسرًا إن مع العسر يسرا**﴾ فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام. وفيه بحث من وجهين: أحدهما

besturdubooks.wordpress.com

لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا، وإذا كان التطليق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين. بقي شيء وهو أن كلمة مع للقران. قلنا: قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى: ﴿**فإن مع العسر يسراً**﴾ فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط (**ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة**) عليها، لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق،

بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال. وأيضاً كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق، والعتق بالواو لا بأو. وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر تنزيلاً له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية ﴿**إنّ مع العسر يسرا**﴾ فصارت إن محتملة لذلك وإن كانت حقيقتها خلافه فيصار إليه بموجب وقد تحقق، وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائناً على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطاً للتطليق، فإن كان الإعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارناً للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق فأظهر، هذا تقرير المصنف. وقيل: عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج، فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان، بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقروناً بالعتق وهو ضد الرق، ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر، ولا ينبني زواله على وجود الآخر، إذ لا يصح أن يقال: وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين، بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق، فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة، وهذا ينبني على أحد القولين: في أن المعلول مع العلة يقترنان في الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى أن حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة، وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه إذ ليس هو علة، فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده، وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول. وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية: أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوّجها. وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك اليمين، فإذا لزم بذكر حروفه: أعني أن ونحوه بأن قال إن تزوّجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين، ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح، بخلاف ما بعده. ولقائل أن يقول: الدليل إنما قام على ملكه اليمين المضافة إلى الملكف فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية: هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك

أن قوله مع عتق مولاك إياك لا يصح إلا بمعنى الإعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد؟ والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قيل لها وهي أجنبية أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لا يقع. والجواب عن الأول أن جهة النظر إلى لفظة العتق ليتبين أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب. وعن الثاني بأن العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزاً أو تعليقاً مطلقاً، وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط. ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقاً صيانة كلام من ليس كذلك (**وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فانت حرة**

besturdubooks.wordpress.com

وإنما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، بخلاف المسئلة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط،

تعليق الطلاق بالنكاح، ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه قوله: **(ولو قال:** أي **لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، وقال لها المولى: إذ جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة)** ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان بل على رواية الشيخ أبي حفص. وجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها، والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط **(والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل)** الذي يقام بها فيقترنان في الخارج **(فيكون التطليق الذي هو السبب مقارناً للعتق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة، فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة. بخلاف المسئلة الأولى فإنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة)** ثم رد المصنف قول محمد بقوله: **(ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان)** أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم، وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد: من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله: والمعلق إنما ينعقد سبباً عند الشرط: يعني فلا ينعقد التطليق سبباً إلا عند وجود العتق المقارن للإعتاق، لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الإعتاق، فإن كان العلة مع المعلول يلزم أن عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والإعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة. وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر: أحدها أنه اعتبر قول: القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الإعتاق مندوباً فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه إلى القبض للحظر، وتوضيحه أنه ينزل عند وجود الغد التطليق والإعتاق والعتق مقترنة، وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين. اعلم أن العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول، فذهبت طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل، والجمهور على أنهما معاً في الخارج، وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثر على الأثر، بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقي الفعل بلا قدرة، والذي

فجاء الغد حرمت حرمة غليظة **(لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: زوجها يملك الرجعة)** كما في المسئلة المتقدمة. واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الإصلاح بالعناية، وأنا أذكره بتوضيح تبعاً للمصنف. قال: **(لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى)** معنى يعني على وجه التعليق **(حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى)** فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سبباً عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمها أيضاً **(والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته)** والحكم لا يتأخر زماناً عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية **(أصله الاستطاعة مع الفعل)** كما عرف **(فيكون التطليق مقارناً للعتق)** لأن التطليق مقارناً للإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا أنه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق، وهذا كله صحيح. قوله: **(فتطلق بعد العتق)** فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الإعتاق

besturdubooks.wordpress.com

وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط، ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان.

نختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج، غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آنياً لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما، وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتاً فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثراً، والله أعلم. وثانيها أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكأن المولي والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الأوجز وأنت حرة أوجز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما. وثالثها لم تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجوداً، ولأن الملك كان ثابتاً بيقين فلا يزول بالشك. قلنا: التعلق بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الأخير. وإطباق العقلاء على أن الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفي ما قبله، والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في أول آن يعقبه لأنه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الأثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعاً أخر إلى غاية يناسب التأخير إليها أعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر. أما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته إليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الأول.

والإعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق، فإن المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده. فإذا كان العلتان والمعلولان معاً، فكما أن الإعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد أيضاً أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنتِ طالق ثنتين وهما: أي الإعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب، إلا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما.

قال المصنف: (فتطلق بعد العتق) أقول: قيل أي معه، كما أن المراد بقوله مع عتق مولاك إياك: أي بعد عتق مولاك، أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم، قال عليه الصلاة والسلام «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» الحديث، وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة منها، وقيل إذا أشار

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قوله: **(ومن قال لامرأته: أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث)** طعن على محمد في لفظ السبابة إذ الاسم الشرعي المسبحة. وأجيب بأن في بعض النسخ السباحة، وبأنه ورد أيضاً في رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طهوره ﷺ «أدخل السباتين في أذنيه»[1] كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف، فإن الاعتراض ليس باعتبار تحققّ المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي إلى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ، وإلا لو قيل: كون الاسم الشرعي في المسبحة يوجب كون الحديث نقلاً من بعض الرواة بالمعنى حملاً على تحامي ابن عباس عنه، فالأولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها إلى التصحيف وإن كانت هي أيضاً غلطاً لغة من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح، وأما سباح فإنما هو من سبح في الماء سباحة، ثم شرع في الوجه فقال: **(لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم)** يعني لفظ هكذا، وهذا غلط لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلأن التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الأجزاء نحو ﴿أهكذا عرشك﴾ [النمل: ٤٢] يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفي الحديث، فقوله: أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا، بخلاف كذا الكناية فإنها لم تقصد فيها معاني الإجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعاً **(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث، لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا قرنت بالعدد المبهم)** لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما **(قال النبي ﷺ «الشهر هكذا وهكذا وهكذا»)** وخنس الإبهام في الثالثة»: يعني أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً، ومعنى خنس قبض **(فإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان)** وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بأنه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة. وأجيب بأنه جاء في الحديث السبابة، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: كيف الطهور؟ فدعا رسول الله ﷺ بماء فتوضأ، فأدخل أصبعيه السباتين أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه» رواه الطحاوي في شرح الآثار. وقوله **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. وقوله: **(والإشارة تقع بالمنشورة منها)** ظاهر. قوله: **(ولنا أنه وصفه)** أي وصف الطلاق **(بما يحتمله، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول**

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

قال المصنف: **(إذا اقترنت بالعدد المبهم)** أقول: اعترض بأن الذي يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا، والتفصيل في شرح ابن الهمام، ويؤيد ما ذكره عنونة الفصل بقوله في تشبيه الطلاق.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب الوضوء.

besturdubooks.wordpress.com

بظهورها فبالمضمومة منها، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة، وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق **(وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة)** وقال الشافعي: يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول بها لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على

أو غيره كما في الخبر، يقال للعبد: أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا، ثم مميز هذه ليس إلا ما يبين الجنس لا الكمية لأنها وضعت لقصد إبهام الكمية نحو ملكت كذا عبداً ولا يقال: كذا درهماً عشرين ولا كذا عشرين درهماً فليس هذا استعمالاً عربياً، وهذا هو غلط المعنى قوله: **(قال رسول الله ﷺ «الشهر هكذا» إلخ)** عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا»، يعني: تمام ثلاثين[1] متفق عليه **(وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة، ولو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف)** في الدراية الإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة، فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الأصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر. وقيل: إن أشار بظهورها بأن جعل باطنها إليه وظاهرها إلى المرأة فبالمضمومة. وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء فبالمنشورة، وإن كان إلى الأرض فبالمضمومة. وقيل: إن كان نشراً عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه إطلاق المصنف، ولا يخفى أن قوله: بالإبهام والسبابة والوسطى ليس بقيد قوله: **(ولو لم يقل هكذا)** يعني قال: أنت طالق، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم، وعرفت أن الصواب أن يقال: لأنه لم يقترن بالتشبيه المتقدم قوله: **(وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة. وقال الشافعي: يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول)** وبقوله قال مالك وأحمد، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لأنه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو، وكقوله: وهبتك على أن يثبت ملكك قبل: القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك. ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول

وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به **(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين)**. واعترض عليه بأنه لو كان محتملاً لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك. وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع، ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة. ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيراً للمشروع. وأجيب بأن الفرق بينهما الوصف الملفوظ أقوى في اعتبار الشرع من النية، بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع

قوله: **(وأجيب بأن الفرق، إلى قوله: بدليل أنه لو قال أنت طالق إلخ)** أقول: هذا مبني على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض.

قوله: **(وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعياً ابتداء فينقلب بائناً إلخ)** أقول: وفيه بحث، والظاهر إن إطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر رجعي قال المصنف: **(أما الأول فلأنه وصفه بالشدة)** أقول: فيه إشارة إلى أن الأشد بمعنى الشديد قال المصنف: **(للذكره المصدر)** أقول: يعني تقديراً إذ المعنى طالق طلاقاً أشد الطلاق.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٠٢، ١٩١٣ ومسلم ١٠٨٠ ح ١٥ وأبو داود ٢٣١٩ كلهم من حديث ابن عمر.

besturdubooks.wordpress.com

أن لا رجعة لي عليك. ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين، ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل، ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق)** لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن، وكذا إذا قال أخبث الطلاق **(أو أسوأه لما ذكرنا، وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة)** لأن الرجعي هو السني فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائناً. وعن أبي

في الحال، وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض، ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحاً بل يلزم ضمناً. ويرد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطالق وتقدم في إيقاع الطلاق عدم صحتها. وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره، ولفظ بائن ما صار ملفوظاً بالنية، بخلاف طالق بائن، وفيه نظر إذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ إلا توجيهه إلى بعض محتملاته، فإذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه، وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية، ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة إلى النية وليس كذلك وإن قلنا: في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة، وبه علله المصنف هناك، ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ إذا كان مغيراً. نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على أنه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق، لكن ذلك منتف لأنه إذا عناها وصفاً للمرأة تقع ثنتان، وهو ما ذكره المصنف بقوله: ولو عنى بأنت طالق واحدة وبقوله: بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان، على أن التركيب خبر بعد خبر لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع، ولو أمكن أن يقال: الإيقاع ببائن وصفاً لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية، إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصاله البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية، وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان قوله: **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق)** معطوف على أنت طالق بائن في الأحكام الأربعة وقوع الواحدة بائنة إذا لم ينو شيئاً أو نوى ثنتين والثلاث بالنية، ولو عنى بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان، وإنما وقع البائن لأنه أي الطلاق إنما يوصف بهذا

ذلك طلاقاً وغير به مشروعاً وهو عدم اعتبار الكذب، ولو نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقاً لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق. قوله: **(ومسئلة الرجعة ممنوعة)** أي لا نسلم أنه لا يقع بائناً بل تقع واحدة بائنة، ولئن سلم فالفرق أن في قوله أن لا رجعة تصريحاً بنفي المشروع، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحاً فيلزم منها نفي الرجعة ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً، كذا أفاده شيخ شيخي العلامة. وقوله: **(فتقع واحدة بائنة)** يعني فيما إذا قال أنت طالق بائن **(إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل)** أي في باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً. وقوله: **(تطليقتان بائنتان)** يعني عندنا. وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان. وقوله: **(لأن هذا الوصف)** يعني قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق، وكذا إذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبر بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون أحدهما رجعياً عملاً بقوله أنت طالق إلا أنا جعلناه بائناً لعدم الإمكان لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لا يتصور بقاء الأول رجعياً إذا صار الثاني بائناً، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعياً ابتداء فينقلب بائناً بوقوع الثاني بائناً لعدم تصوّر بقائه رجعياً. وهذا صحيح ظاهر، ومن الناس من ذهب إلى أن الأوّل يقع رجعياً، فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه، وإن أراد بقاءه رجعياً فليس بصحيح. وقوله: **(وكذا إذا قال أنت طالق أفحش**

besturdubooks.wordpress.com

يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون بائناً إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية. وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك **(وكذا إذا قال كالجبل)** لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا، وقال أبو يوسف: يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به في توحده **(ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثاً)** أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر، وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوّة تارة وفي العدد أخرى، يقال هو كألف رجل

الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن ومؤجلاً بالانقضاء في الرجعي. وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فإنه أفحش مما يثبت به مؤجلاً: أعني الرجعي فصار كقوله: بائن، وكذا إذا قال: أخبث الطلاق أو أسوأه. أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه، وسنذكر جواب أنه لم لم يقع ثلاث، وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لأن الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن، وفي عبارته تساهل إذ ليس الرجعي هو السني بل أعم، لأنه لو طلقها في الحيض كان رجعياً وليس سنياً. وعن أبي يوسف في قوله: أنت طالق للبدعة لا يكون بائناً إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية. ولو قال: أقبح الطلاق، فعند أبي يوسف رجعي لاحتماله القبح الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعاً، كذا ذكر، وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فتجمع الكراهة الطبيعية والشرعية، أو يراد وقت تنتفي نفرة الطباع فيه عن الطلاق، وعند محمد بائن حملاً له على المنهي عنه قوله: **(وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً)** لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف قوله: **(وكذا إذا قال كالجبل)** لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة **(وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا، وقال أبو يوسف: يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحيده)** يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك. قلنا: المعروف الذي هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى، أما القاضي فلا يصدقه فيها قوله: **(ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثاً أما الأول)** وهو قوله: أشد الطلاق **(فلأنه وصفه بالشدة)** فإن قيل: بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث، وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق. أجيب بأن أفعل يراد به أيضاً الوصف كقولهم: الأشج والناقص أعدلا بني مروان: أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال، ولا يخفى أن الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة، والأوجه أن هذا الاحتمال يجعل ظاهراً لحرمة الثلاث فيصار إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية. قوله: **(وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر)** فإن المعنى طالق طلاقاً هو أشد الطلاق. والحاصل أن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبراً به عن المصدر الذي هو الطلاق قوله: **(وأما الثاني وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه في القوة)** كما يقال: زيد كألف رجل: أي بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه

الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن في الأحكام الأربعة وهي قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين، ولو نوى الثلاث فثلاث، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان، وكذا الجواب في قوله أخبث الطلاق أو أشرّه أو أشدّه أو أكبره أو أسوأه، لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس، وما هو غير محسوس فإنما يعرف بأثره فصار كأنه قال أنت بائن. فإن قيل: أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضي فاحشاً وأفحش، والفاحش هو البائن، والأفحش منه هو الثلاث فينبغي أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو. أجيب بأن أفعل قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله: الناقص والأشج أعدلا بني مروان

sturdubooks.wordpress.com

ويراد به القوّة فتصح نية الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما. وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف، وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه وقد يملؤه لكثرته، فأي ذلك نوى صحت نيته، وعند انعدام النية يثبت الأقل. ثم الأصل عند أبي حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً: أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة

في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقاً فتصبح نية كل من الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما، وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً فيصير كقوله: طالق كعدد ألف، ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية، وإلا لقال: أنت طالق ألفاً إذ لا معنى لقوله: ألف تشبه هذه الألف فإنه يستقيم في الكثرة: أي طالق عدداً كثيراً ككثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقاربها فلا بد أن يزيد على إثنين فيقع الثلاث. قلنا: كون التشبيه به في القوّة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية، بخلاف عدد الألف، وعلى هذا الخلاف مثل ألف، أما لو قال واحدة كألف فهي واحدة بائنة بالإجماع. ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية، واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب. وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة كما مر. أما لو قال: مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد، وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم وثلاث. والفرق له بين هذا وبين قوله: كألف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة، بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور. ولو قال: كثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال: كعدد ثلاث، وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفاً. وفي كافي الحاكم: لو قال: أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال: نويت واحدة ا هـ. ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي أو مجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلاً وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقي أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط قوله: **(وأما الثالث)** هو قوله: ملء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر قوله: **(ثم الأصل)** الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعياً نحو طلاقاً لا يقع عليك أو علي أني بالخيار وإن كان يوصف به، فإما أن لا ينبىء عن زيادة في أثره كقوله: أحسن الطلاق أسنه أجمله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعياً وتكون طالقاً للسنة في وقت السنة، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة. وفي مختصر الطحاوي: لو قال: أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت

وهو مشهور سمي للإضافة بالمعنى الثاني، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح، وذكر الأصل الذي يبتني عليه أقوالهم وهو أيضاً واضح. وقوله: **(وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة)** يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع

قال المصنف: **(يقال هو كألف ويراد به القوة)** أقول: فيه أن قوة الألف أن لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره قال المصنف: **(ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر)** أقول: قال الإمام التمرتاشي: لأن الشيء قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته والحقير مكروه عادة والبائن مكروه، فيكون عبارة عن البائن انتهى. فيه أن الشكل الثاني لا ينتج إذا لم يختلف مقدمتاه في الكيف مع أن الحقير قليل الأثر عادة والرجعي كذلك فيكون عبارة عن الرجعي قال المصنف: **(لما مر أن التشبيه الخ)** أقول: قبل ثمانية أسطر قال المصنف: **(وعند أبي يوسف رحمه الله أن ذكر العظم يكون بائناً وإلا فلا أي شيء كان المشبه به)** أقول: قال ابن الهمام: وفي شرح الكنز للزيلعي: كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما إن أراد به بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن انتهى. وهذا يقتضي أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى. وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا إلخ إلى توجيه.

bestudybooks.wordpress.com

وصف. وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائناً وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد. أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً وإلا فهو رجعي. وقيل محمد مع أبي حنيفة، وقيل مع أبي يوسف. وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل **(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لأن ما** لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض. وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوّع البينونة على ما مر والواقع بها بائن.

طالقاً ويملك رجعتها حائضاً كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة. قال: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنة، كما لو قال: أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبيء كأشده وأطوله يقع به بائناً، وأما تشبيهه فكلمتهم على أنه بائن عند أبي حنيفة أي شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة. وعند أبي يوسف إن ذكر العظم فكذلك وإلا فرجعي أي شيء كان المشبه به ولو كان عظماً لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة. وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعي ذكر العظم أو لا. وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة بائن وعند أبي يوسف رجعي إلا أن يقول: كعظم رأس إبرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية. وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة وزفر، رجعي عند أبي يوسف إلا يقول: كعظم الجبل، ولو قال: مثل عظمه فهو بائن عند الكل. وقول محمد: قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف، هذا كله عند عدم النية. أما لو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة. وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة، وعندهما إن أراد به بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن ا هـ. وهذا يقتضي أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال: أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه، والله سبحانه أعلم قوله: **(ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض)** فهو البائن أيضاً **(وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو)** وفي الكافي للحاكم: لو قال: أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثاً وإن نواها لأن الطول والعرض يدلان على القوّة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال: طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث قوله: **(ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة إلخ)** أراد بالفصول ما ذكره من قوله: طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة، وكذا ذكر الصدر الشهيد، وقال العتابي: الصحيح أنه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة وإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجع بأن النية إنما تعمر في المحتمل، وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث.

أبي يوسف، وقيل مثل عظم رأس الإبرة يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. وقوله: **(مثل الجبل)** يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة. قوله: **(مثل عظم الجبل)** يقع به واحدة بائنة بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه، وأما عند أبي يوسف فلذكر العظم، وأما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في الطلاق قبل الدخول

(وإذا طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها) لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة فيقعن جملة **(فإن فرّق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة)** وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً)** أي تطليقاً ثلاثاً على ما بيناه في الفصل، وفي باب إيقاع الطلاق أن الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره، وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه لا يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئاً. ونص محمد قال: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً جميعاً فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل سواء، ثم قال: بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ وعن عليّ وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين[1]، ولا ينافي قول: الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفاً لمحذوف، أما لو قال: أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع عند الكل. قوله: **(وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية)** وذلك كقوله: أنت طالق طالق طالق لأنه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوّله فلم يقع بطالق الأول شيء. فإن قيل: لو قال: بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثاً، وحكمها مختلف لأن في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد. قلنا: الجمع الذي يباين التفريق حكماً هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثاً ونحوه، وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الأصل وله أحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الأصل **(إذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثاً وقعن)** وقال الحسن البصري: يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها لا إلى عدة. وقوله ثلاثاً يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء، كما لو قال أنت طالق طالق طالق. ولنا ما ذكر في الكتاب وهو لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بينا: يعني قبل هذا أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد إلخ، وإنما يقدر المصدر محذوفاً لأن الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد، والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه، فإذا كان الواقع مصدراً محذوفاً لم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاماً واحداً، ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملاً فيكون كل واحد إيقاعاً على حدة وتبين بالأولى، ولا تقع الثانية إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لأن الثانية

فصل في الطلاق قبل الدخول

قال المصنف: **(لأن الواقع مصدر محذوف)** أقول: فيه تسامح، والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته. قوله: **(لدلالة الوصف**

---

(١) تقدم مستوفياً في باب طلاق السنة.

besturdubooks.wordpress.com

صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (**وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة**) لما ذكرنا أنها بانت بالأولى (**ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً**) لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فيبطل (**وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً**) لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (**ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة**) والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة

تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه أفراده، ولا دلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة وذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية، ولأن الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية، وإذا علمت أنها لا تتعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للمعية للفرد الذي هو المعية بعينه، وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل، وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب. فاندفع ما قيل: لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب. وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها قال: أنت طالق إحدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها: أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه الطريقة، وهو مختار في التعبير لغة وإن لم يكن مختاراً في إحدى وعشرين شرعاً إلا أن الشرع لم ينف حكمه إذا تكلم به. وذكر شمس الأئمة في المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الأول، أما لو قال: أنت طالق إحدى عشر فإنه يقع الثلاث بالإتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بآخر كلامها، وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء. واعلم أن شمس الأئمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافاً في نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطاً أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف: أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل، فلو توقف وقوع الأولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعاً لوجود

صادفتها وهي مبانة، كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (**ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل، وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً لما بينا**) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (**وهذه**) أي هذه المسائل الثلاث وهي قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة، وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثاً (**توافق ما قبلها**) وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن (**من حيث الدليل**) وهو أن الواقع فيهما جميعاً ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده، إلا أن

عليه) أقول: يعني بطريق الاقتضاء قوله: (**وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع**) أقول: قيل إن أريد الزيادة وقوعاً فلا نسلم ذلك، لأن الواقع ثلاث لا غير كما إذا قال للمدخول بها أنت طالق ألفاً، وإن أريد الزيادة لفظاً فلا نسلم كونه محذوراً قوله: (**ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملاً إلخ**) أقول: ولك أن تقول: لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله ﷺ «فنكاحها باطل باطل باطل» واحتمال كونها جملاً لا يجدي نفعاً إذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الأصل، واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث في وقت، ثم فائدة ما قلناه تظهر في المدخولة فتأمل قال المصنف: (**إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره**) أقول: سيأتي في هذه الصحيفة أمثلته. قال المصنف: (**وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى**) أقول: قال ابن الهمام: وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى. وهذا مبني على أن يكون ما قبلها إشارة إلى ما في حيز فإن فرق الطلاق قوله: (**توافق ما قبلها إلى قوله من حيث الدليل**) أقول: قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله: (**وهو أن الواقع فيهما جميعاً ذكر العدد**) أقول: المراد من الذكر المذكور: أي العدد المذكور.

sturdubooks.wordpress.com

للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو، وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى **(ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان)** لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال، غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضاً فيقترنان فيقعان، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان **(ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان)** لأن كلمة مع للقران. وعن أبي يوسف

المحل للثلاث حال التكلم بها. ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد بتجويز أن يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه إنما هو أنه إذا ألحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول، وهذا لا ينفيه أبو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما قوله: **(وهذه)** أي المسائل الثلاث **(تجانس ما قبلها من حيث المعنى)** وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شيء غير أن فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال: أنت طالق إن شاء الله فماتت قبل أن يقول إن شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة، والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفاً إن قرنها بهاء الكناية)** أي أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير الأول كانت صفة للمذكور آخراً كجاءني زيد قبله عمرو، وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنها حينئذ خبر عنه. أما إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدإ، وحينئذ القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ: أعني المضاف إليها لفظة قبل قد يلحقها الثانية، وفي قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها، ولا يقدر عليه إذ لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقترنان فيقعان. وإذا كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو قبلية أخرى لها، ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق للوجود على الموجود فيقترنان بحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقعان، وفي واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الأولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها. وأما إذا قال: واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لأن مع للقران فيتوقف الأول على الثاني تحقيقاً لمعناها. وعن أبي يوسف في قوله: معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكنى عنه، قلنا: وقد وجد وهي واحدة التي هو مرجع الضمير إذ قد سبق لفظها غير أنه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من

الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق أصلاً، وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف قوله: **(ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة)** اعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فإذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة، وإذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان، وذلك مبني على أصلين ذكرهما المصنف في الكتاب: أحدهما أن الظرف إذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده، وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله. والثاني أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في سعته، فإذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية، وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال، والإيقاع في الماضي

besturdubooks.wordpress.com

في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة، وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى **(ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة، وقالا: تقع ثنتان، ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين)** بالاتفاق. لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط. وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف الأول

انفراد السابق الحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظاً وإن عنى سبق وجوده فممنوع، ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوماً:

في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان

وصوره ثلاث: لأنه إما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما. ففي الجمع كالبيت يلغي قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال، وفي نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لأنه لا يخلو من أنه إذا كرر لفظة قبل مرة واحدة أن يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه، أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو في شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة، ومن أنه إذا كرر لفظة بعد مرة واحدة أن يتخلل بينهما قبل قلب البيت. وحكمه أنه يلغي بعد بقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع في شعبان، أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادي الآخرة قوله: **(وفي المدخول بها)** يعني أن ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها. أما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها: أي في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة. واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو قوله تعالى: **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٣] **﴿لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي﴾** [الكهف: ١٠٩] وقول النبي ﷺ «خللوا أصابعكم قبل أن يتخللها نار جهنم»[1] وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل

إيقاع في الحال فيقترنان في الوقوع، والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي إيقاع الأولى في الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر. وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالأولى وتلغو الثانية لفوات المحلية **(ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان)** لأن كلمة مع للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقعا معاً. وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنها تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجوداً، وذلك في الطلاق بالوقوع. وقوله: **(وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها)** أي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى. قال: **(ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة)** أقول: إذا علق بالشرط عدداً من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو، فإما إن قدم الشرط أو أخره، فإن كان الثاني كما إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق، وإن كان الأول كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة

قال المصنف: **(وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها)** أقول: قال ابن الهمام: واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود الغير على ما ذكره في الزيادات نحو **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** **﴿لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربي﴾** وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر، وأجيب ما أمكن انتهى، وفيه تأمل.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب الوضوء.

besturdubooks.wordpress.com

عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف. ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر

غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لا محالة، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن قوله: **(ولو قال لها)** أي لغير المدخول بها **(إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبي حنيفة، وقالا ثنتان)** ولو قدم الجزاء فقال: أنت طالق واحدة وواحدة، فإن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق. لهما أن الواو للجمع المطلق: أي لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملاً كجاء زيد وعمرو أو لا كزيد وعمرو وبكر جاءوا مطلقاً: أي بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثنتين، وكما إذا أخر الشرط والمسئلة بحالها، وهذا التفريق اللفظي لا أثر له لأنه في حال التكلم يتعلق الطلاق لا في حال التطليق تنجيزاً، بخلاف قوله: لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لأنه في حال الإيقاع ولا موجب لتوقف الأول فيقع، أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل، ولو سلم التعاقب في التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بأيمان تتخللها أزمنة، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال إن دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقاً، وقول المصنف: كما إذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن قوله: **(وله أن الجمع المطلق)** الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال أن يراد من حيث هو في ضمن القران أو الترتيب، وهذا لأنه لا يراد في الاستعمال الخاص الأعم إلا من حيث هو في ضمن أحد أخصائه، وعلى الاعتبار الثاني وهو أن يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع إلا واحدة. كما إذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل، فهكذا هذا لأنه حينئذ يكون المراد إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالأولى، وعلى اعتبار إرادة المعية ينزل الكل ولا تعين لأحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك. وتقرير الأصول أن الأول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه، وتعلق الثاني بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعلق، بخلاف مسئلة تكرار الشرط لأن تعلق الثاني بغير شرط الأول ليس بواسطة الأول لأن كلاً منهما جملة مستقلة، فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شيء بواسطة شيء فينزلن جميعاً عند الشرط، وبخلاف ما إذا تقدم الجزاء لأن تأخر الشرط موجب لتوقف الأول لأنه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة. ونقض بما لو قال: لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث، ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة. وأجيب بأن لا بل لاستدراك الغلط بإقامة الثاني بدل الأول. ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الأول ويصح تعلق الثاني لبقاء محل التعليق بعد تعلق الأول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين، فإذا وجد الشرط وقع الكل جملة، بخلاف ما إذا نجز لأنها بانت بالأولى فلم تبق محلاً لإيقاع الثنتين وقولهما: أرجح. وقوله: تعلق الثاني بواسطة تعلق الأول، إن أريد أنه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو إياه إلى الشرط، وإن أريد كونه سابق التعلق سلمناه، ولا يفيد كالأيمان المتعاقبة؛ ولو سلم أن تعلق الأول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعلق، وليس نزوله علة لنزوله، بل إذا تعلق الثاني بأي سبب كان صار مع الأول متعلقين

فكذلك عندهما. وقال أبو حنيفة يقع واحدة **(لهما أن الواو للجمع المطلق)** وقد دخلت بين الأجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعاً وينزلن جملة، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاث لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع، وكما لو أخر الشرط فإن تأخيره لا يغير موجب الكلام. وله أن الجمع المطلق يحتمل القرآن والترتيب لأن تحققه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين. وعلى اعتبار الأول تقع الجملة، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة، كما إذا نجز بهذه اللفظة بأن قال

besturdubooks.wordpress.com

الكرخي، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح. **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال)** لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين

بشرط، وعند نزول الشرط ينزل المشروط. وتقرير المصنف رحمه الله أقرب، ولا يرد عليه مسئلة الأيمان. فإن قيل: قوله: لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لا شك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالأيمان المتعاقبة بشرط واحد. قلنا: الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه أن وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر؛ فإن معناه: إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر إلا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر، بخلاف الترتيب الذي اتفق في الأيمان فإنه ليس الشرط في الكل إلا شرط الأول فقط، فإذا وجد الدخول مثلاً فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث. وعلى هذا الخلاف ما لو قال: لغير المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلاً للظهار والإيلاء. وعندهما هو مطلق مظاهر مول. ولو قال لأجنبية: إن تزوّجتك فأنت طالق وأنت عليّ كظهر أمي ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوّجها فعلى الخلاف، بخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء فقال والله لا أقربك وأنت عليّ كظهر أمي وأنت طالق فتزوّجها وقع الكل، أما عندهما فلا إشكال، وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق قوله: **(ولو عطف بحرف الفاء)** فقال: أي لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت **(فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي)** فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها، وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما **(وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح)** لأن الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة، ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما، وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لأبي حنيفة، وهذا لأنه يصير المعنى إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى، ولو عطف بثم وأخر الشرط كأنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت. فإن كانت مدخولاً بها، فعنده يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لأنها للتراخي، وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت، ولو سكت وقع الأول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا. وإذا وقع الأول بقيت محلاً فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار، وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها، وإن قدم الشرط فقال: إن دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الأول ووقعت الثانية والثالثة، وإن لم تكن مدخولاً بها تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث. والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر، وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره، إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولاً بها، وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره، فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم، وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلاً بأن قال: إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق، لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه قوله: **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات)** لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيانا

لها أنت طالق واحدة وواحدة فإنه لا يقع إلا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام عن التنجيز إلى التعليق، وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالأولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لأنه لا يحتمل الترتيب. وقوله: **(ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي)** فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاماً واحداً فتعلقا كما في صورة الواو، وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما

قوله: **(وقع على الترتيب وبانت بالأولى)** أقول: لعل المراد أنه يحتمل ذلك فلا يقع الشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله.

sturdubooks.wordpress.com

أو دلالته. قال: **(وهي على ضربين: منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة)** أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى، فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة. وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله، والطلاق يعقب الرجعة، ويحتمل غيره وهو أن تكون

الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام، فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلاً بالنسبة لما وضع له، وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه، وإنما لم يعرّف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال: **(وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية)** إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح، وحين عرّفه علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال: إنها تحتمله وغيره، فكأن الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به، أما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء فإنه ينصرف إلى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها مما يحكم بإرادة مقتضاها شرعاً كما في البيع بالدراهم المطلقة فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال، وكذا إذا أطلق الضرورة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض. والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال. فقول المصنف: لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع، أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقاً، ألا ترى أن أنت طالق إذا قال: أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه قوله: **(لأنها غير موضوعة للطلاق)** بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه، والأعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلاً مما صدقاته، ولا يتعين أحدهما إلا بمعين، والمعين في نفس الأمر هو النية، وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال، فإن لم تكن فدعواه ما أراد، وإنما قلنا: أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية اعتدي استبرئي أنت واحدة الطلاق أصلاً بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح، وعلى هذا فقول المصنف: بل تحتمله وغيره تساهل لأن محتملات اللفظ تستعمل فيها، وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقرره. والجواب أن المراد تحتمله متعلقاً لمعناها أو واقعاً عنده فتدخل الثلاث الرجعية قوله: **(وهي)** أي الكنايات **(على ضربين)** هذا تقسيم للكنايات، وهي تنقسم أولا بحسب ما هي كناية عنه، وثانياً باعتبار الواقع بها، وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية. أما الأولى فتنقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختياري وأمرك بيدك لا يدخل في يدها إلا بنية الطلاق فلا يقع إلا بقولها: بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي، والأول ما سواهما وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ما سوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه، وإلى ما يقع به الرجعي وهي الألفاظ الثلاثة اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة. أما الأولى: أي كون الأولى وهي كلمة اعتدي كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى، فإن نوى الأول تعين ويقتضي طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة. ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قاله: بعد الدخول، أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقاً باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب، والعدة لا

خلافاً له **(وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح)**. قال: **(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات)** لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات. الكناية: ما استتر المراد به. وحكمها أنه لا يجب العمل بها إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله

besturdubooks.wordpress.com

واحدة عنده أو عند قومه، ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر، ولو كان مظهراً لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمراً أولى، وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكوراً لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب. قال: **(وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة،**

تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا عتقت. ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص. واعلم أنه كما يجب كونها مجازاً عن كوني طالقاً في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة، وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة: يعني أنه ﷺ قال لها «اعتدي ثم راجعها»[1] والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لأن علية البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه أصلاً. نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الأخف لعدم الدلالة على الزائد عليه. وأما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لأني طلقتك أو لأطلقك: يعني إذا علمت خلوّه عن الولد، وعلى الأول يقع وعلى الثاني فلا بد من النية، ولا يخفى أنها أيضاً قبل الدخول مجاز عن كوني طالقاً كاعتدي، وكذا في الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه. وأما الثالثة وهي أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة، فإذا نواه فكأنه قاله: يعني إذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله: لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندي أو في قومك مدحاً وذماً، فقد ظهر أن الطلاق في هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو في اعتدي استبرئي رحمك لأنه يقع شرعاً بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر في واحدة، ولو كان مظهراً لا يقع إلا في واحدة، فإذا كان مضمراً وأنه أضعف منه أولى أن يقع إلا واحدة، وفي واحدة إن صار المصدر مذكوراً بذكر صفته لكن التنصيص على الواحد يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة. واعتراض بعضهم على قوله: يحتمل أن يكون نعتاً لمصدر محذوف: أي تطليقة واحدة بأن فيه تكلفاً غير محتاج إليه، بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لأنه لا يدفع احتماله

وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته **(ثم الكناية على ضربين)** ما يكون الواقع به واحدة رجعية، وما يكون واحدة بائنة، فالأول ثلاثة ألفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة، ولا بد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج إلى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال، وقد ذكر المصنف في كل واحدة منها ذلك وكلامه فيه واضح. وقوله: **(لأن قوله أنت طالق فيها)** أي في هذه الألفاظ الثلاثة **(مقتضى)** أي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدى واستبرئي كما أشار إليه في قوله فيقتضي طلاقاً سابقاً، لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقاً. وقوله: **(أو مضمر)** يعني في قوله أنت واحدة. وقوله: **(ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ)** يعني سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون، فقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة

قوله: **(لأنها غير موضوعة)** أقول: أي غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف: **(فيقتضي طلاقاً سابقاً)** أقول: يعني إن كان بعد الدخول وإن كان قبله يكون مستعاراً عن الطلاق لأنه سببه في الجملة وإن لم يكن سبباً له في هذه الحالة قال المصنف: **(وتحتمل الاستبراء ليطلقها)** أقول: يعني إذا علم خلوه من الولد قال المصنف: **(لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر)** أقول: قوله مقتضى يعني في الأوليين، وقوله مضمر يعني في الثالثة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢١٢ ومسلم ١٤٦٣ وابن حبان ٤٢١١ وأبو داود ١٢٣٥ وابن ماجه ١٩٧٢ والبيهقي ٧/ ٧٤، ٧٥ كلهم من حديث عائشة وليس فيه ذكر «اعتدي وراجعها» وتقدم في القسم ٣/ ٤٣٦ وهو بهذا اللفظ ضعيف.

besturdubooks.wordpress.com

وإن نوى ثلاثاً، وإن نوى ثنتين كانت واحدة، وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرّحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج) لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية. قال: **(إلا أن يكون في**

لما ذكر المصنف، والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل:

* فأنت طلاق والطلاق عزيمة إلى آخره، *

ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع: اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير، بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان إحتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها لمنفردة عن الزوج فضلاً عن تعين الثاني قوله: **(ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح)** احتراز عما قال بعضهم: إن رفع الواحدة لا يقع شيء وإن نوى، وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها حينئذ نعت للمصدر: أي أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن سكن احتيج إلى النية. وجه الصحيح أن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة عليه، ولأن الرفع يجوز لكونه نعتاً لطلقة: أي أنت طلقة واحدة، والنصب يجوز لكونه نعتاً لمصدر آخر: أي أنت متكلمة كلمة واحدة، وهذا الوجه يعم العوام والخواص، ولأن الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الإعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم، ولذا ترى أهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه قوله: **(وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة، فإن نوى الثلاث كانت ثلاثاً، وإن نوى ثنتين كانت واحدة)** وفي هذا الإطلاق نظر، بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلاث، فقد ذكر في أنا بريء من طلاقك يقع رجعي إذا نوى، بخلاف ما إذا قال من نكاحك، قاله ابن سلام. وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك إذا نوى، والأصح يقع رجعياً، والأوجه عندي أن يقع بائناً لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلاً وبذلك صار كناية، فإذا أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهي التي دون الثلاث، وكذا في قوله: الطلاق عليك يقع بالنية وفي وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعياً، وكذا قالوا: في بعتك طلاقك إذا قالت: اشتريت من غير بدل، ثم في الهبة إذا لم تكن نية تطلق في القضاء. ولو قال: نويت أن يكون في يدها لا يصدق، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت وإلا فهي زوجته. هذا إذا ابتدأ الزوج، فلو ابتدأت فقالت: هب لي طلاقي تريد أعرض عنه فقال: وهبت لا يقع وإن نوى، لأنه جوابها فيما طلبت كذا قيل، وفيه نظر، بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتدأ به ونوى وقع، فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب، وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته، ويقع رجعياً في خذي طلاقك وأقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعي قوله: **(وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك)** بوصل الهمزة **(وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة)** وأعتقتك مثل أنت حرة **(وتقنعي وتخمري واستتري واغربي)** بالغين المعجمة والراء

للطلقة، أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها حينئذ تكون صفة شخصها، وقيل هو قول محمد. وعند أبي يوسف يقع في الأحوال كلها لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ في الإعراب، وإن أسكن فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين، والصحيح أن الكل سواء **(لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب)** والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب **(إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى ثنتين كانت واحدة)** أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فإن القاضي يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية. وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائناً فالبينونة تتصل بالمرأة للحال، ولاتصالها وجهان: انقطاع يرجع إلى الملك، وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك. قال المصنف **(سوى)**

besturdubooks.wordpress.com

حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه). قال رضي الله عنه **(سوّى بين هذه الألفاظ وقال: ولا يصدق في القضاء إذا كان في حال مذاكرة الطلاق)**. قالوا **(وهذا فيما لا يصلح**

المهملة وبالعين المهملة والزاي **(واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره)** وتحرير المحتملات غير خاف، وحبلك علي غاربك تمثيل لأنه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهي هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرعي وهي ذات رسن فألقي الحبل على غاربها: وهو ما بين السنام والعنق كي لا تتعقل به إذا كان مطروحاً، فشبه بهذه الهيئة الإطلاقية إطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والإجارة والاستئجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الإطلاق، وفي وهبتك لأهلك إذا نوى يقع وإن لم يقبلوها لأنه يجب كون وهبتك لأهلك مجازاً عن رددتك عليهم فيصير إلى الحالة الأولى وهي البينونة فلا يحتاج إلى قبولهم إياها في ثبوت البينونة، والحقي بأهلك مثله في صيرورتها إلى الحالة الأولى، وقوله: وهبتك لأبيك أو لابنك مثله بخلاف الأجانب **(فلا بد من النية)** أي في الحكم بوقوع الطلاق **(إلا أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق)** وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبي **(فيقع في القضاء)** وإن قال: أردت غير الطلاق **(ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه)** ويستثني منها اختاري لما نذكر وأمرك بيدك. قال المصنف: **(سوّى)** أي القدوري **(بين هذه الألفاظ وقال: لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء)** إذا قال: نويت غير الطلاق من المحتملات، وهكذا فعل شمس الأئمة في المبسوط والمشايخ كفخر الإسلام وغيره **(قالوا وهذا)** أي كونه لا يصدق إذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق إنما هو **(فيما لا يصلح رداً)** أما ما يصلح له فيصدق إذا ادعى الرد. ثم استأنف تقسيماً ضابطاً فقال: الأحوال هنا ثلاثة: حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا. وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمناه. وحالة الغضب. والكنايات ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق: أي التطليق ويصلح رداً له. وما يصلح جواباً ولا يصلح رداً له. وما يصلح جواباً وشتماً. ففي حالة الرضا يصدق في الكل إذا قال: لم أرد الطلاق لأنه لا ظاهر يكذبه، وفي حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جواباً لا رداً كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استتري اختاري أمرك بيدك، ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي افلحي، تقول العرب افلح عني: أي اذهب عني، وغربي قومي تقنعي، ومرادفها كاستتري وتخمري، ومعنى الرد في هذه: أي اشتغلي بالتقنع الذي هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه، ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جواباً ورداً، وما يصلح جواباً وشتيمة لا رداً كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه، وإذا يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة: أي مقطوعة عنه، ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري أمرك بيدك استتري. وعرف مما قدمناه أن اختاري أمرك بيدك لا يقع بهما الطلاق إلا بإيقاعها بعده، وإنما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الأمر في يدها إلا بالنية. واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال قسمان: حالة الرضا، وحالة الغضب. وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما، بل لا يتصور سؤالها الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان ولا واسطة بينهما، فتحرر التقرير أن في

يعني القدوري **(بين ألفاظ الكنايات)** في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق، وليس على إطلاقه بل إنما ذلك **(فيما لا يصلح رداً)** فلا بد من بيان، وبين بقوله: **(والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة وهي حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق)** بأنه تسأله عن ذلك **(وحالة غضب الزوج. والكنايات على ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً ورداً)** وهو سبعة: اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري، أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فإن يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي. وأما تقنعي فمن القناعة، وقيل من القناع وهو الخمار؛ ومعنى الرد فيه هو أن ينوي واقنعي بما رزقك الله مني من أمر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق، وكذا قوله استتري وتخمري لأنهما من الستر والخمار **(وما يصلح جواباً لا رداً)** ثمانية ألفاظ: خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتيمة أيضاً. إذا عرف هذا ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين، والقول قوله في إنكار النية مع يمينه وفي

sturdubooks.wordpress.com

ردّاً) والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة وهي حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب. والكنايات ثلاثة أقسام: ما يصلح جواباً ورداً، وما يصلح جواباً لا رداً، وما يصلح جواباً وسباً وشتيمة. ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية، فالقول قوله في إنكار النية لما قلنا، وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق

حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق، وفي حالة الرضا المسؤول فيها طلاق يصدق فيما يصلح رداً أنه لم يرده، وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً أو رداً أنه لم يرد به إلا السب أو الرد، ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط، وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يجتمع في عدم تصديقه في المتمحض جواباً سببان: المذاكرة والغضب، وكذا في قبول قوله: فيما يصلح رداً لأن كلاً من المذاكرة والغضب يستقل بإثبات قبول قوله: في دعوى عدم إرادة الطلاق. وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب بإثباته فلا تتغير الأحكام، وحينئذ فالأولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة قوله: (وعن أبي يوسف إلخ) ألحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألفاظاً أخرى وهي: لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك، فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولواجي، وذكرها العتابي خمسة: لا سبيل، لا ملك خليت سبيلك الحقي بأهلك حبلك على غاربك. وفي الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هي هذه، إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتتم ستة ألفاظ. ووجه احتمالها السب أن لا ملك لي: يعني أنت أقل من أن تنسبي إليّ بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي بأهلك وحبلك على غاربك: أي أنت مسيئة لا يشغل أحد بتأديبك إذ لا طاقة لأحد بممارستك. وفي رواية جامع فخر الإسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة، وهي اعتدي اختاري أمرك بيدك. وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة: لا سبيل لي عليك تقنعي استتري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد، وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه، وكذا في حال ذكر الطلاق، وهذا لأن لا سبيل لي عليك يحتمل عليّ طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في أعرتك طلاقك ظاهرة. وعن أبي يوسف يقع خلافاً لمحمد، وفي النوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق إن شاءت كما كان للزوج، ولو قال: طلاقك عليّ لا يقع أصلاً، وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو قال: وهبتك لأبيك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة، ولو قال: لأختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الأجنبي ونحوه لم يكن طلاقاً وإن نوى لأنها لا ترد بالطلاق عليهم، ولو زاد على اذهبي فقال: اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافاً لزفر لأن اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق. ولأبي يوسف أن معناه عادة لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي. ومن الكنايات تنحي عني. واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل، قيل: يقع إذا نوى

حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جواباً ولا يصلح رداً وهو الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، والحاكم إنما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً وهو الألفاظ السبعة المتقدمة. وقوله: (وما يجري هذا المجرى) يريد به مثل اغربي واستتري لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه، وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك: يعني أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم، وهو ثلاثة ألفاظ: اعتدي واختاري وأمرك بيدك، فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبي

قال المصنف: (وأمرك بيدك) أقول: لا يخفى عليك أن قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالاً: نعوذ بالله تعالى.

besturdubooks.wordpress.com

فيما يصلح جواباً، ولا يصلح رداً في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري، لأن

وقيل: لا، ومثله لم يبق بيني وبينك شيء. وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية إلا أن يقول: خذي أيها شئت، ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث، وقال ابن سلام: أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يعطي الأمر بسلوك أحدها. والأوجه أن يقع واحدة بائنة، ومنها نجوت مني. وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك: لا يقع، وقيل: يقع، ولا يقع في أبحتك طلاقك وإن نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وإن نوى، وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام: يحتاج إلى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً لأنه بلا قاف ليس صريحاً لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفاً فيصدق قضاء مع اليمين، هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق، أما في أحدهما فيقع قضاء أسكتها أو لا، وفيه أيضاً النظر المذكور لأنه إيقاع بلا لفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه، وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلاً وإن نوى، ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كأنت ط ا ل ق لأنه ليس طلاقاً ولا كناية لأن موضوعها يحتمل أشياء، وأوضاع هذه المسميات هي حروف، ولذا لو قرأ آية السجدة تهجياً لا يجب السجود لأنه ليس قرآناً، ولا مخلص إلا بعدم اشتراط غلبة الاسعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالاً عليه وضعاً أو عرفاً وحينئذ يقع بالتهجي في القضاء، ولو ادعى عدم النية، وكذا بطال بلا قاف، وفي قوله: لآخر احمل إليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لأن الحمل لا يتحقق قبل المحمول، ومنها أنت عليّ كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية. وفي الكافي للشهيد: إذا قال لامرأته: هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما، ولو قال: مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحساناً. والقياس أن يفرق مطلقاً ولا يصدق لأنه أقر بالتحريم. وجه الاستحسان أن هذا إيجاب تحريم فلا يقع إلا بالدوام عليه، ولو قال: هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه، وكذا في هي أمي وله أم معروفة وإن لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه عليه فرق وكذا هي أختي. واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة، وقالا: لا لأن نفي النكاح ليس طلاقاً بل كذب فهو كقوله: لم أتزوجك أو والله ما أنت لي امرأة، أو لو سئل هل لك امرأة فقال: لا ونوى الطلاق ولا يقع كذا هنا. وله أنها تحتمله: أي لست لي بامرأة لأني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة، وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم أنه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لأن الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في إنشاء النفي في الحال. وقوله لم أتزوجك جحود لا يحتمل الإنشاء إذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح، وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النفي في الماضي.

وفي فتاوى صاحب النافع: إذا قالت لزوجها: لست لي بزوج فقال: صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعلى هذا الخلاف إذا قال: لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية والغياه، ويتصل

يوسف أنه إذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب، وهذه أربعة ألفاظ. وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقي بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسبّ من حيث احتمالها السبّ، فإن قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لأنك أقل من أن تنسبي إلى ملكي أو أنسب إليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشرّ فيك وخليت سبيلك لقذارتك

besturdubooks.wordpress.com

الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق، ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه. وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك

بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقاً أو عتاقاً على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى له أو لم ينو، وكذا إذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب إلا أنه لا يستبين لا يقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف، فلو وقع وقع بمجرد النية، فإن كان مستبيناً لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوي فيه، كالكلام المكني لا يقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط، فإن كان صحيحاً يبين نيته بلسانه، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا إذا لم يكن خطاباً أو رسالة، فإن كان على رسم كتب الرسالة بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعتاق، ولا يصدق في عدم النية، كما لو قال: أنت طالق ثم قال: نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة، بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لا يقع بدون الوصول إليها، وقالوا: فيمن كتب كتاباً على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع إذا وصل، ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع، وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب. وعليه الأئمة الثلاثة، وما وقع في تفصيل بعضهم من أنه إذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لا يقع فمبني على أن الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتاباً، وفيه نظر. وما قيل من أنه لو محا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الأمر كذلك. ولو كتب الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته، ولو كتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى، إن كان موصولاً بكتابته لا تطلق، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالملفوظ، كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة. وفيها معزواً إلى المنتقى: إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى. وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقاً بوصول الكتاب، وأما إذا لم يكن معلقاً فلا إشكال في أنه يقع ثنتان قضاء لا ديانة إلا أن ينوي به طلاقاً آخر، وكل ما ذكرناه ثابت في حق الأخرس نحوه إن كان يكتب، وإنما يعرف ذلك منه بأن يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية، فإن كان لا يكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه، وإن لم يعرف منه ذلك أو شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان. والقياس في جميع ذلك أنه باطل لأنه لا يتكلم، وقد ذكر المصنف أحكام الأخرس في هذه في آخر الكتاب قوله: **(ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا. وقال الشافعي: يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق)** والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على أن الواقع طلاق والثاني بالنص. فإن

وفارقتك في المضجع لذفرك وعدم نظافتك، والحقي بأهلك لأنك أوحش من أن تكوني خليلتي. قال: **(ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا)** وهو مذهب عامة الصحابة **وقال الشافعي: (يقع بها رجعي)** وهو مذهب عمر وابن مسعود **(لأن الواقع بها طلاق)** واحد **(لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية)** والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد **(والطلاق يعقب الرجعة كالصريح)** فإنه إنما يكون معقباً للرجعة لكونه طلاقاً **(ولنا أن تصرف الإبانة صدر عن أهله مضافاً إلى**

besturdubooks.wordpress.com

لاحتمال الرد والسب، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم فقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق. وعن أبي يوسف في قوله: لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب، ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا، وقال الشافعي: يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق، لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد، والطلاق معقب للرجعة كالصريح. ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد، وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها،

قيل: النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لأن قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة:٢٢٩] المعقب بقوله: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة:٢٢٨] أعم من الطلاق الصريح وغيره لأن النسبة إلى معنى اللفظ لا إلى اللفظ، غير أنه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من أن الافتداء لا يتحقق إلا بالبينونة وإلا يذهب مالها ولا يفيد. والحاصل أن الكتاب يفيد أن الطلاق يعقب الرجعة إلا ما كان على مال أو ثلاثاً. واستدل المصنف بقوله: ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعاً أثبتها بقوله الحاجة ماسة إلى إثبات الإبانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج إلى الإبانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعاً لحاجته، لأنه لو أبانها بالثلاث عصى، ولو طلقها رجعياً ربما تتراءى له مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانياً وثالثاً فيؤدي إلى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك، فشرع له الإبانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ. والأوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج إلى الإبانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم أن تشرع له الإبانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة. والأقرب إلى اللفظ ما قيل: إنه قد يحتاج إلى الإبانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعاً وهو لا يريدها فيحتاج إلى طلاق ثانٍ وثالث فينسد باب

محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحاً لا محالة. أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام في الأهل، وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلاً للبينونة الغليظة بالاتفاق، وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعاً وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المصنف: أحدهما قوله: **(كي لا ينسد باب التدارك)** والثاني قوله: **(ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد)** وقوله: **(باب التدارك)** أي تدارك دفع المرأة عن نفسه لأنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها، كذا في النهاية، وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجهاً واحداً لأنه بعينه تفسير الوجه الثاني، فإن جعلت الثاني تفسيراً للأول بالعطف

قال المصنف: **(ولنا أن تصرف الإبانة إلخ)** أقول: ولا بد في هذا المقام من المراجعة إلى ما ذكره العلامة ابن الهمام لينجلي عليك غياهب الأوهام قوله: **(وأما المحلية فثابتة)** أقول: كما في الخلع والطلاق على مال بالاتفاق قوله: **(دال على ولاية الإبانة بوجهين إلخ)** أقول: وأنت خبير أنه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين بإثبات المطلوب، فالوجه عدهما وجهاً واحداً كما لا يخفى قوله: **(فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه إلخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لا حاجة إلى جعل الكلام إلزامياً، ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لا محالة إذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل قوله: **(ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة، إلى قوله: فلا بد من إثباته إلخ)** أقول: فيه بحث، إذ يعلم ذلك من قوله وليست كنايات إلخ قوله: **(وتقريره أن الكناية عن الطلاق)** أقول: قيل بل تقريره لا نسلم أنها كنايات عن الطلاق حقيقة فإنها عوامل في حقائقها فإطلاق الكناية عليها مجاز. وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه، ويجوز أن يجاب عما ذكر لا فساد في ذلك، فإن الأمر كذلك لكنه مجاز على ما ينادي عليه كلامه

besturdubooks.wordpress.com

والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية يثبت الأدنى، ولا تصح نية الاثنتين عندنا خلافاً لزفر

التدارك، فهو لأجل ذلك محتاج إلى أن تشرع له الإبانة كذلك كي لا تفوت هذه المصلحة. ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها إذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع أن الإنسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة، إذ كثيراً ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده إلى مراجعة، ومع الإبانة لها أن تمتنع فيحصل له ضرر شديد، وهذه لا تترتب إلا على عدم الإبانة فاقتضت عدم شرعيتها، بخلاف تلك إذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الإبانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه، فكان اعتبار منع الإبانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الأخرى، فإن أردت تخصيص نص إعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصاً لأن التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم، لأن حاجته إلى الخلاص بالإبانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الإبانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفريق الثلاث على الأطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة إلى الإبانة من الفطام. وهذا ولا يخفى أن المعنيين أعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة إذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة. والوجه في الاستدلال أن يقال: لما أثبت الشرع الإيقاع بهذه الألفاظ فقد أثبت الإبانة لأنها معناها، وقوله: ﴿**الطلاق مرتان**﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصاً عنده فإنه غير مكروه وأيضاً لفظ بائن مثلاً يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع بالغليظة وقع به الخفيفة. وأيضاً خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مراداً فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك، وحين ثبت شرع الإيقاع بلفظ بائنة ثبت أيضاً إخراج الواحدة البائنة بلا مال لأن شرع الإيقاع به هو جعل اللفظ سبباً لوجوب معناه ومعناه البينونة، والدلالة على إيقاع الثلاث شرعاً به تحليفه ﷺ أبا ركانة حين طلقها البتة أنه ما أراد إلا واحدة، وشرح قوله: (**وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها**) يعني لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد، وكذا البت والبتل: القطع، والتردد إنما هو في متعلقها: أعني

فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه، وإذا فسد التفسير فسد المفسر. والأولى أن يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بأن الرجل قد يكون نافراً عن المرأة جداً بسبب من الأسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له، فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثاً ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك، وأما إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح، وأما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية. ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة قد صدر من أهله إلخ فيكون صحيحاً، والمدعي أن هذا التصرف تصرف إبانة فلا بد من إثباته ليصح أن يقال

قوله: (**وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم وليس كذلك، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة إلخ**) أقول: فيه بحث، فإن المستفاد من كلامه أن البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك، ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة في حالة الرضا بلانية لأنها الأدنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل قوله: (**كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه**) أقول: فيه أن عدم صحة النية ليس لكونه عاملاً بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذي هو صفة المرأة كذلك كما سبق قال المصنف: (**حال مذاكرة الطلاق**) أقول: قد ظهر مما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال، وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال الأجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع قال المصنف: (**فتعين الباقيان**) أقول: من قبيل إطلاق الجمع على المثنى.

besturdubooks.wordpress.com

لأنه عدد وقد بيناه من قبل **(وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقاً وبالباقي حيضاً دين في القضاء)** لأنه نوى حقيقة كلامه، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداً له **(وإن قال لم**

الوصلة وهي أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر، فإذا تعين بالنية عمل بحقيقته، وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة إليه أو إلى غيره من الرجال، فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه، وإنما أطلق عليه كناية مجازاً للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ. والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لأنها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها، وقد حقق في نحو: طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد، لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف، فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق. وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك، فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلاً من زيد وعمرو وغيرهما. والوجه أن يقول إنها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه، وهذا لأن نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة، وكذا وهبتك لأهلك لتعذر حقيقة الهبة: أعني التمليك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه، وقياس الباقي سهل، وبهذا ظهر أنه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لأنها هي معنى اللفظ الدائر في الإفراد وهي متنوعة إلى غليظة وهي المترتبة على الثلاث، وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح، ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثاً. وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعاً لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الألفاظ والخلع، فقولنا: يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعاً، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله في ذلك وبإرسال لفظ الثلاث، بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لأنه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه في فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها، فالواقع بالكناية هو الطلاق بل تأويل. وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة. وهذا جواب عن قول الشافعي: وينتقص به وهو بناء على أنه غيره، وأنت تعلم أنه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق. والجواب أن زوال الوصلة لا بد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان، والاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسخاً فلزمه نقصان العدد قوله: **(ولا تصح نية الثنتين)** أي بالكنايات عندنا خلافاً لزفر، وقد بيناه من قبل في باب إيقاع الطلاق في التطليق بالمصدر قوله: **(ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي)** هذه المسئلة تحتمل وجوهاً: أن ينوي بكل من هذه الألفاظ طلاقاً، أو بالأولى طلاقاً لا غير، أو بالأولى حيضاً لا غير، وبالأوليين طلاقاً لا غير، أو بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير، أو بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً. وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثاً. أو ينوي بالثانية طلاقاً لا غير، أو بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير، أو بالأولى طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير، أو بالأخريين طلاقاً لا غير، أو بالأوليين حيضاً لا غير، أو بالأولى والثالثة حيضاً لا غير، أو بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً، أو بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً، أو بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً أو بالأولى والثالثة حيضاً والثانية طلاقاً أو بالثانية حيضاً لا غير وفي هذه الأحد عشر تطلق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضاً، أو بالثالثة طلاقاً لا غير أو بالثالثة حيضاً لا غير، أو بالثانية طلاقاً، أو

تصرف الإبانة صدر من أهله. والجواب أن هذا الدليل يدل على أن الإبانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج إليها لا بد منها، وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة. وقوله: **(وليست كنايات على التحقيق)** جواب عن قوله لأنها كنايات عن الطلاق. وتقريره أن الكناية عن الطلاق الصريح إنما تكون كالصريح في العمل أن لو كانت حقيقة، وليست كذلك لأنها عوامل في حقائقها وقوله: **(والشرط تعيين أحد نوعي البينونة)** جواب عن قوله ولهذا يشترط النية. وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل

besturdubooks.wordpress.com

أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث) لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه،

بالثالثة حيضاً لا غير، أو بالثانية والثالثة حيضاً، وبالأولى طلاقاً أو بالأخريين حيضاً لا غير، وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة، أو لم ينو بكل منها شيئاً فلا يقع في هذا الوجه شيء. والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها، ويصدق في نية الحيض لظهور الأمر باعتداد الحيض عقيب الطلاق، وإذا لم ينو الطلاق بشيء صح، وكذا كل ما قبل المنويّ بها، ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منويّ بها الطلاق يقع بها الطلاق، وتثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها، بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق. ولا يخفى التخريج بعد هذا، وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع من هي من ذوات الحيض، فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأوّل طلاقاً وبالباقي تربصاً بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه، ولو قال: نويت بهنّ واحدة فهو كما قال: ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأنت طالق طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه، وقد ظهر مما ذكر أن حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبي طلاقها، بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع، ثم على هذا لقائل أن يقول: المذاكرة التي تصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية الصالحة للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق، بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة، فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهراً في الإيقاع حتى لا يقبل قوله: في عدم إرادته بالكناية قوله: **(وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليمين إلخ)** قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين، والأقرب أنه لنفي التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم.

[فروع] طلقها واحدة ثم قال: جعلتها بائنة صارت بائنة، وقال محمد: لا تكون إلا رجعية. ولو قال: جعلتها ثلاثاً صارت ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا تكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثاً. ولمحمد في الأوّل أن جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه. قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريباً، لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعياً باعتبار عدم حصول البينونة، فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكاً لأصله ووصفه وملك إلحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولي. واعلم أن الصريح يلحق والبائن عندنا، والبائن يلحق الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقاً، فلو قال لها بعد الخلع: أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافاً للشافعي، ولو قال: بائن لم يقع اتفاقاً، ولو قال: إن دخلت

الطلاق كان دليلاً على ما ذكرتم، وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد. وقوله: **(وانتقاص العدد)** جواب عن قوله وينتقص به العدد. وتقريره أن الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد، وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً. وقوله: **(وإنما تصح نية الثلاث)** جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلاً كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه، وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث أنه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية يثبت الأدنى وهو الواحد البائن **(ولا تصح نية الثنتين عندنا**

besturdubooks.wordpress.com

وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال

فأنت بائن ينوي الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافاً لزفر. أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] يعني الخلع، ثم قال تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[البقرة: ٢٣٠] والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع. وعن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله وسلم «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة»[1] وهنا القيد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح، وإنما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض، ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع، وأما عدم لحوق البائن البائن فلإمكان جعله خبراً عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضروري، حتى لو قال: عنيت به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر ويثبت الحرمة الغليظة لأنها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخباراً عن أنها ثابتة فنجعل إنشاء ضرورة، ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لأنه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبراً حين صدر. وأورد عليه أن مثله لازم في أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح. أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء شرعاً. ولو قال: أردت به الإخبار لا يصدق قضاء. وفي مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ليجعل خبراً بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق، وقد عرف من استدلالهم الذي أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهراً في إنشاء الطلاق، وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت بائن، ولأنهم جعلوه مقابل الصريح، ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه ما لا يحتاج إلى نية بائناً كان الواقع به أو رجعياً، والكناية ما يحتاج إليها، غير أنه لا يقع بها في غير الألفاظ الثلاثة اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة إلا بائن. وفي الخلاصة نقلاً من الزيادات: الذي يلحق البائن لا يكون رجعياً، والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعياً. وقوله: الذي يلحق البائن لا يكون رجعياً لأنه لا يتصور لأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بإبانة ما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها: أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء، وما زاد في تعليل الإلغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحاً لكلامه لا معنى له، وعلى مجرد الإلغاء اقتصر في الخلاصة ومحله ما ذكرنا. وعلى هذا فما وقع في حلب من الخلاف في واقعة، وهي أن رجلاً أبان امرأته ثم طلقها ثلاثاً في العدة ألحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائناً يلحق البائن، ومن أن المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه. وفي الحقائق: لو قال: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام، ثم قال: هكذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن، ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين: ينبغي أن يقع آخر، وقال: هذا ينبغي أن يحفظ.

خلافاً لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل) يعني في أوائل باب إيقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً إلخ. وقوله: **(وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي)** وقال نويت بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوهاً هذا تفصيلها: نوى بالجميع طلاقاً وقعت ثلاث. نوى بالجميع حيضاً وقعت واحدة. لم ينو شيئاً لم يقع شيء. نوى بالأولى طلاقاً لا غير وقع ثلاث. نوى بالثانية طلاقاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى حيضاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالثانية حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالثالثة حيضاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأولى طلاقاً بالثالثة حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا

---

(١) موقوف. أشار إليه البيهقي ٧/ ٣١٧ وقال: طلبته من كتب كثيرة صنفت في الحديث فلم أجده. أي كونه مرفوعاً إليه ﷺ. وقال ابن التركماني: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمران بن حصين وابن مسعود موقوفاً عليهما وهو على شرط الجماعة. فهو موقوف.

besturdubooks.wordpress.com

مذاكرة الطلاق، وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين.

[تتمة] في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه، لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما، ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة، ولو شهد أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استحساناً، وفي القياس هو كالأول، ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة، وعندهما تجوز على طلقتين، وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة، وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها، فإن كان الطلاق بائناً وادعت أن بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل، فإن أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن، وإن دفعها للزوج لا بأس به، ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً والآخر أنه قال: أنت عليّ حرام ينوي الطلاق فهي باطلة، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلاناً وأنها كلمته، وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات، وكذا في مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الأجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذقها، وإذا شهد أنه قال: إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر أنه قال: وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة، ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية، وكذا إذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف، والأصل عنده أنها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه، بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافاً لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها، وسيأتي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة، ولو شهد أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على أنه سمي الأولى فقط جازت على الأولى، ولو شهد أنه قال: طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال: بعد الطلاق لم تجز الشهادة عنده، وعندهما تطلق واحدة، ولو شهدا أنه قال: طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت، وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما، ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة، ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها، وإذا قال رجل لامرأتيه: أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل ببينة أنها أكلته تطلقان جميعاً، وإن جاءت إحداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها، وإن كانتا أكلتا لم تطلقا.

غير وقعت واحدة. نوى بالأوليين طلاقاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالأخريين طلاقاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأوليين حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأخريين حيضاً لا غير وقعت واحدة. نوى بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير وقعت ثلاث. نوى بالأولى والثالثة حيضاً لا غير وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً وقعت ثنتان. نوى بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً وقعت ثلاث. نوى بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً وقعت ثنتان. نوى بالأولى والثالثة حيضاً وبالثانية طلاقاً وقعت ثنتان. نوى بالثانية والثالثة حيضاً وبالأولى طلاقاً وقعت واحدة. وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك، والله الموفق (**وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الأمين مع اليمين**) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

besturdubooks.wordpress.com

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

(وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها) لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره، وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف: التفويض بلفظ التخيير وبلفظ المشيئة قوله: **(إذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق)** يعني ينوي تخييرها فيه **(أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك)** وإن طال يوماً أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال **(فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها، لأن المخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم)** قال ابن المنذر: واختلفوا في الرجل يخير زوجته، فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها، روينا هذا القول: عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين[1]، وفي أسانيدها مقال، وبه قال: جابر بن عبد الله، وقال: به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وفيه قول ثان: وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره، وهذا قول: الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول، ويدل على صحته قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها «لا تعجلي حتى تستأمري أبويك»[2] وحكى صاحب المغني هذا القول: عن

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة، وأخره لأن الأصل تصرف المرء لنفسه.

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح. وحاصله أن فيه قياساً واستحساناً. القياس يقتضي أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء، ومن لا يملك شيئاً لا يملك تمليكه لغيره، لكن استحسنوا ترك القياس لإجماع الصحابة. روي عن عمر

باب تفويض الطلاق

قال المصنف: **(ينوي بذلك الطلاق)** أقول: أي تفويض الطلاق، فالمضاف محذوف.

---

(١) موقوفات. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٩:

حديث ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه. قال البيهقي: فيه انقطاع بين مجاهد وابن مسعود.

وحديث جابر رواه عبد الرزاق أيضاً.

وحديث عمر وعثمان رواه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفيهما. قال البيهقي: المثنى بن الصباح ضعيف.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٨٥، ٤٧٨٦، ومسلم ٢٤٧٥ حـ ٢٢ والنسائي ٦/ ١٥٩ والترمذي ٣٢٠٤ كلهم من حديث عائشة بأتم منه في خبر تخييره عليه الصلاة والسلام نساءه.

besturdubooks.wordpress.com

الله عنهم أجمعين، ولأنه تمليك الفعل منها، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع، لأن ساعات

علي فاعترض على نقل الإجماع. والجواب أن الرواية عن علي لم تستقر، فقد روي عنه كقول الجماعة، ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاقتصار على المجلس قال: بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعاً سكوتياً من قول المذكورين: وسكوت غيرهم، وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثاني. وقوله: في أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الأمة بالقبول، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة. وأما التمسك بقوله ﷺ لعائشة «لا تعجلي إلخ»[1] فضعيف، لأنه ﷺ لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهي أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها، ألا ترى إلى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه ﷺ ﴿إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ [الأحزاب: ٢٨] قوله: (ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جواباً في المجلس) أورد لو كان تمليكاً لم يبق الزوج مالكاً للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكاً كله لأكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف، فإنه لو طلقها بعد التخيير وقع. وأيضاً لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث. وقد نص محمد على أنه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه لا مالكة، وأيضاً يصح عندنا توكيل المديون بإبراء نفسه، وهذا يرد على تعليل كونه تمليكاً بأنها عاملة لنفسها. وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل لاختياره بحيث لا يلحقها إثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله، بخلاف الوكيل فإنه مخلف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تمليك الفعل هكذا، ولزوم انتفاء الملك بالتمليك

وعثمان وعليّ وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة أنهم قالوا: إذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، فإذا قامت فلا خيار لها. ولم يقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع. وقوله: (لأنه تمليك) دليل معقول على أن الأصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع، وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية أن القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لأن التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد، لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة، والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكاً، ثم لا يخلو إما أن يكون البيع مما يتأبد، ومما لا يتأبد، فإن كان الأول بطل القياس: أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه مما يقتصر على المجلس، ان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية. ثم فرق بين التمليك والتوكيل بأن التمليك يقتضي أن يكون المملك له عاملاً لنفسه، والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملاً لغيره، والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكاً لا توكيلاً. وأورد على ذلك شبهاً: أحدها أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل وإن كان عاملاً لنفسه في إبراء ذمته عن الدين، والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس، ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء. والثانية أن التخيير لو كان تمليكاً توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح. والثالثة أنه لو قال طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه، ولو ملكت طلاقها لما حنث. وأجاب عن الأول بما حاصله أن تصرف المديون

قوله: (وهو مخالف لما ذكر إلخ) أقول: يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ قوله: (أعني قياس المصنف التخيير على البيع لأنه إلخ) أقول: ضمير لأنه راجع إلى التخيير قال المصنف: (لأن ساعات المجلس) أقول: هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله: (وهو لا يصح) أقول: ولك أن تمنع ذلك في الأفعال قوله: (وقع في ضمن صحة وكالته إلخ) أقول: أي في ضمن عملة للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الإبراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل.

(١) هو الحديث المتقدم. وقوله ضعيف يعني التمسك بظاهره.

besturdubooks.wordpress.com

المجلس اعتبرت ساعة واحدة، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر، إذا مجلس

في الأعيان لا في ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملاً وهو الاقتصاص، ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد، والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط، وأما المديون فوكيل، وإنما وقع عمله في الإبراء لرب الدين باعتبار أمره، وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته، وفي هذا نظر نبريه في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمناً، ولو التزم كون المديون مملكاً لم يصح لانتفاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسنذكر ما هو الأوجه. واعلم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزماً للمطلوب، ولهذا قال في الذخيرة: إن هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس إن كانت غائبة، ولا يتوقف على القبول، فظهر أن هذا التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات، ولكونه تمليكاً يتم بالمملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمناً معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إن بعته فقد أجزته، والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة إليه لهذا المعنى لابتنائه على ما ذكرنا، لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس، بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها، وإنما خالفها بما ذكرنا وبإعتبار إقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة. واعلم أن الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق، أما لو قال: طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره، وإذا فوض وهي غائبة أعتبر مجلس عملها، ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم أعتبر مجلس عملها في ذلك اليوم، فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الأمر من يدها، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس، وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى اليمين، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق قوله: (إذ مجلس إلخ) لو كانا يتحدثان فأخذا في الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل، فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس وجاء مجلس المناظرة، ولو خيرها فلبست ثوباً أو شربت لا يبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديداً يمنع التأمل، ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهوداً، بخلاف ما لو أكلت ما ليس قليلاً أو

لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله في التخيير بأنها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها، وكذا بقية كلامه في الأجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره. وأقول: التمليك هو الإقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الإقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الأولى. والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها إلا بالقبول، فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده. وعن الثالثة بأن المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات. ثم إن المرأة إما أن تختار زوجها أو نفسها، فإن اختارت زوجها لم يقع شيء. وقال عليّ رضي الله عنه: تقع تطليقة رجعية، كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً. وإنما نأخذ بقبول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنه لا يقع في ذلك شيء، قالت عائشة: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، ولم يكن ذلك طلاقاً،

قوله: (والجواب في الثانية إلخ) أقول: فيه بحث، إذا ما ذكره يجر إلى أن يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للمتملك كما لا يخفى قوله: (قالت عائشة رضي الله عنها «خيرنا رسول الله ﷺ») لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو أن توقع نفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها، ألا يرى إلى قوله تعالى ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ ففي صحة النقل كلام، وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام.

sturdubooks.wordpress.com

الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما. ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض، ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره **(فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة)** والقياس أن لا يقع بهذا شيء، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم، ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن **(ولا يكون ثلاثاً**

امتشطت أو أقامها الزوج قسراً فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به. ووجه بأن في الإقامة أنها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختصارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض، وكذا إذا خاضت في كلام آخر، قال تعالى **﴿حتى يخوضوا في حديث غيره﴾** أفاد أنه إعراض عن الأول قوله: **(ثم لا بد من النية)** أي نية الطلاق فهو قوله: **(اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها)** بالإقامة على النكاح وعدمه **(ويحتمل تخييرها في غيره)** من نفقة أو كسوة، فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق والقول له مع يمينه، أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال: لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء، وكذا إذا كانا في غضب أو شتيمة، وإذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل قوله: **(والقياس أن لا يقع بها شيء)** لأن التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة، لو قال: اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناوياً لا يقع، إلا أنا استحسنا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(ولأنه بسبيل إلخ)** ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة، وهو لا يقتضي ذلك وإنما يقتضي جوازاً إقامتها مقامة في الفراق ولا تلاقي بينهما، بل يقتضي أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس قوله: **(ثم الواقع بها بائن)** روي عن زيد بن ثابت أنه ثلاث، وبه أخذ مالك في المدخول بها، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة، وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد، وثبت عن علي رضي الله عنه أو الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين. ورجح قول: عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة، وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي، بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبىء عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة، وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت. وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية، فاختلفت الرواية عنهما. وقد ترجح بما ذكرنا قول عليّ وعمر وابن مسعود، ثم هو غير متنوع لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم، بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله: اختاري وإن نواها بخلاف التفويض بقوله: أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظاً والمصدر يحتمل نية العموم. وقيل: الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل: أي بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى

وإن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة عندنا وهو قول عليّ لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها، وذلك في البائن، ولا يقع ثلاث وإن نوى الزوج لأن الاختيار لا يتنوع، بخلاف الإبانة فإنها تتنوع كما تقدم وقوله: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها)** قال في النهاية: هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق إرادة الطلاق البائن من التخيير، فإن البينونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة. وهو واضح.

besturdubooks.wordpress.com

وإن نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوّع، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوّع. قال: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها، حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل)** لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام **(ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة)** لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جواباً له فيتضمن إعادته **(وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت)** لأن الهاء في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد والانفراد، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار

نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمناه من قول زيد بن ثابت: أن الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص قوله: **(ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها)** يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة، وكذا إذا قالت: اخترت أبي وأمي أو الأزواج أو أهلي بعد قوله: اختاري يقع لأنه مفسر في الأزواج ظاهر، وكذا أهلي لأن الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقي بأهلك، بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع، وينبغي أن يحل على ما إذا كان لها أب أو أم، أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين، وإنما أكتفى بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لأنها إن كانت في كلامه تضمن جوابها إعادته كأنها قالت: فعلت ذلك، وإن كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج، فإن فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت، بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لأن المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم، ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره. وأيضاً الإجماع إنما هو في المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه، لولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلاً كاسقني، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه، ولو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي لا بل زوجي يقع، ولو قدمت زوجي لا يقع. والوجه عدم صحة الرجوع في الأوّل وخروج الأمر من يدها في الثاني، ولو قالت: اخترت نفسي أو زوجي لم يقع، ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده، ولو خيرها ثم جعل لها ألفاً على أن تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة قوله: **(وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ)** يعني أن ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها، فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة. ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي

وقوله: **(حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل)** قيل إذا لم يصدقها الزوج بأنها اختارت نفسها، أما إذا صدقها طلقت، وإن كان الكلامان مبهمين. وقوله: **(ولا تعيين مع الإبهام)** يعني أن اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعين ولا تعيين مع الإبهام، وقوله: **(ولو قال اختاري نفسك)** ظاهر. وقوله: **(فيتضمن إعادته)** أي إعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس. وقوله: **(وكذا لو قال اختاري اختيارة)** بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير **(لأن الهاء)** أي التاء **(في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد)** لكونها للمرة والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها لأنه يتحد مرة بأن قال لها

قال المصنف: **(لأنه عرف بالإجماع)** أقول: أي لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف: **(وهو في المفسرة)** أقول: أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ قوله: **(يعني إن أرادت الاستقبال أو يحتمله إن لم ترده)** أقول: فيه تأمل، فإنه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد، ولعل الأولى أن يقال مجرد وعد إن وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب إليه بعضهم، أو يحتمله إن كانت مشتركة قوله: **(بدأ رسول الله ﷺ بعائشة رضي الله عنها إلى آخر الحديث)** أقول: فيه بحث لقد مر وجهه. ولك أن تقول: لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل إلى

besturdubooks.wordpress.com

مفسراً من جانبه (**ولو قال اختاري فقالت: قد اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج**) لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه (**ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق**) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد أو يحتمله، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي. وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها، فإنها قالت «لا بل أختار الله ورسوله» اعتبره النبي ﷺ جواباً منها، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال

يتحد مرة بأن قال لها: اختاري فقالت: اخترت نفسي فإنه إنما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها: اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت: اخترت يقع الثلاث، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسراً، فإلزام التناقض بأنه أثبت هنا إمكان تعدد الواقع ولو ثلاثاً ونفاه فيما تقدم بقوله: لأن الاختيار لا يتنوع مندفع لأنه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر. فإن قيل: إجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي أن لا يجوز بقولها: اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فإن هذه لم يجمع عليها. قلنا: عرف من إجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظاً من جانب فيقتصر عليه فينبغي غير المفسر، وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الإلغاء، واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينه غير لفظية يوجب ما ذكرناه من الوقوع بلا لفظ صالح، ولو اختارت زوجها لا يقع شيء. وعن عليّ تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ إيقاعاً، لكن قول: عائشة رضي الله عنها «خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ولم يعدده علينا شيئاً»[1] رواه الستة، وفي لفظ في الصحيحين «فلم يعدد» يفيد عدم وقوع شيء قوله: (**فقالت أنا أختار نفسي**) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أو لا، ففي القياس لا يقع لأنه وعد، كما لو قال: طلقي نفسك فقالت: أنا أطلق حيث لا تطلق، وكذا لو قال لعبده: أعتق رقبتك فقال: أنا أعتق لا يعتق. وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت: «لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال: إني ذاكر لك أمراً ولا

اختاري نفسك بتطليقة (**ويتعدد أخرى**) بأن قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (**فصار مفسراً من جانبه**) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد. وقوله: (**ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي**) ظاهر، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسراً بذكرها الاختيارة، كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة، والحكم فيهما سواء لأن ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة إليه سواء، فكذا بالنسبة إلى ذكر الاختيارة (**ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق، والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد**) يعني إن أرادت

جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف: (**ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال**) أقول: أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارىء على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فإن ذلك بحسب الوضع الأصلي قال المصنف: (**لأنه ليس حكاية عن حالة قائمة إلخ**) أقول: فإن قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مراداً به الحال إذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فإن الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب. قلنا: هو حكاية عما في حيز أشهد من قولنا لا إله إلا الله مع الاعتقاد لمضمونه، وذلك القول وإن كان موجوداً بعد أشهد إلا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالاً على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا» فراجعه.

قوله: (**ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكى عنه**) أقول: الأولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي، وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هف. ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا، ومراده أن الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه إن حالاً فحالاً وإن

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٥٢٦٢ والترمذي ١١٧٩ وكذا ومسلم ١٤٧٥ وأبو داود ٢٢٠٣ والنسائي ٦/ ١٦١ وابن ماجه ٢٠٥٢ كلهم من حديث عائشة.

besturdubooks.wordpress.com

وتجوّز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة، وأداء الشاهد الشهادة، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة، ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها، ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة رحمة

عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك، وقد علم أن أبويّ لم يكونا يأمراني بفراقه، ثم قال: إن الله تعالى قال لي ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾ [الأحزاب: ٢٨] إلى قوله ﴿أجراً عظيماً﴾[1] [الأحزاب: ٢٩] فقلت: ففي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل الذي فعلت» وفي لفظ مسلم «بل أختار الله ورسوله»[2] واعتبره ﷺ جواباً. لا يقال: قد ذكرت أن التخيير الذي كان منه ﷺ ليس هذا المتكلم فيه بل إنهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لأن المقصود بالاستدلال به اعتداده ﷺ جواباً يفيد قيام معناه في الحال، وقول المصنف: (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوّز في الاستقبال) هو أحد المذاهب، وقيل: بالقلب، وقيل: مشترك بينهما، وعلى اعتبار جعله للحال خاصاً أو مشتركاً لفظياً يرجع هنا إرادة أحد مفهوميه: أعني الحال بقرينة بكونه إخباراً عن أمر قائم في الحال، وذلك يمكن في الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة، بخلاف قولها: أطلق نفسي لا يمكن جعله إخباراً عن أمر قائم لأنه يقوم باللسان، فلو جاز قام به الأمران في زمن واحد وهو محال، وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق! لأنه لا تعارف فيه، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن تعورف لأنه إنشاء لا إخبار قوله: (ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر نفسها ذكره في الدراية لأن في لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد، وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج، وهذا يفيد عدم الاحتياج إليها في القضاء، حتى لو قال: لم أنو لم يلتفت إليه، ويفرق بينهما لإعدام الاحتياج إليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح، ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وإن كرر. وما في الجامع قال: اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلاً عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط، لكن في شرح الزيادات لقاضيخان: لو كرر فقال: أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت: اخترت نفسي وقال الزوج: لم أنو الطلاق كان القول قوله: لأن التكرار لا يزيل الإبهام، وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه. وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ، وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد

الاستقبال (أو يحتمله) إن لم ترده، (فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فإنه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي «أنه لما نزل قوله تعالى ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ بدأ رسول الله ﷺ بعائشة فقال: أني مخبرك بأمر فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك، ثم أخبرها بالآية فقالت: أفي هذا أستأمر أبويّ؟ لا، بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة». واعتبره رسول الله ﷺ جواباً منها وإن كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الإستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيماناً لا وعداً بالإيمان، وكذا الشاهد إذا قال: أشهد بكذا فلا يصير إلى المجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن

استقبالاً فاستقبالاً قوله: (وهذا كما ترى ليس بدافع إلخ) أقول: لا يخفى أن جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبمثله الكتب مشحونة، بل لنا أن نقول قول المصنف ولأن هذه الصيغة إلخ إشارة إلى منع المقدمة القائلة في وجه القياس إن هذا مجرد وعد إلخ مع السند، فجواب صاحب النهاية حاصله أن ما ذكر كلام على السند الأخص فإن تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل قوله: (وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول: فيه بحث، فإن المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك أنه بحث لغوي وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها لا كونها حقيقة ومجازاً فليتأمل.

---

(١) الأحزاب: ٢٨

(٢) تقدم تخريجه قبل حديثين.

besturdubooks.wordpress.com

الله تعالى عليه، ولا يحتاج إلى الزوج **(وقالا: تطلق واحدة)** وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما إن ذكر الأولى، وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب

والعتابي وغيرهما، وشرط أبو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان: ومنهم من استشهد بما استشهدنا به لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقاً ولو في القضاء، ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير، لأن ذكر المال ظاهر في إرادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي إذا أنكر إرادة الطلاق. وأما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الأمر: أي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا: يقع لا يقع يجب لا يجب إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر وليس كل ما يشترط في نفس الأمر يشترط للقضاء، غير أنا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من أنه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله: لانتهاض الوجه به لأن تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهراً في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه، وهو كاعتدي اعتدي اعتدي حيث يصدقه في إنكار نية الطلاق لإمكان إرادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونعمي. وما في البدائع: لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقاً وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقاً ظاهراً، ومثله في المحيط ظاهر. وقال في الكافي في مسئلة الكتاب: قيل: لا بد من ذكر النفس، وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب، وعلى هذا فينبغي أن حذف النية في الجامع الصغير كذلك قوله: **(إن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب)** يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة، فإن بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك، أعني الثلاث التي ملكتها بقوله: اختاري ثلاث مرات، إذ حقيقة الترتيب في أفعال الأعيان كما يقال: صام حج لم يحز إبطال الآخر فيجب اعتبار قوله: **(والكلام للترتيب)** ذكر في المبسوط لأبي حنيفة وجهين: أحدهما أن الأولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكوراً يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة، فكأنها قالت: اخترت الاختيارة أو المرة الأولى، ولو قالت: ذلك طلقت ثلاثاً. والآخر أنها أتت بالترتيب لا فيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها: اخترت فيكون جواباً للكل، وهذا تتم الإشارة إليه بقوله: إن هذا وصف لغو إلى قوله: في المكان، فقوله: والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما: إن كان لا يفيد الترتيب إلخ لا يطابق الوجه الأول. والمراد بالكلام لفظ الأولى، فإن كثيراً من الأصوليين يطلقه على المفرد، وبعضهم ينسبه إلى كلهم، ثم يرد عليه منع أن الإفراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الأولى، بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعاً للآخر، حتى إذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء وهو الإفراد، وإذا لغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جواباً للكل فيقعن، ولذا اختار الطحاوي قولهما. والجواب بعد تسليم أن الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزأي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعاً كما هو المراد هنا من قوله والإفراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك، لأنه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقياً أو اعتبارياً كالطائفة الأولى والجماعة الأولى إلا من حيث هو متصف بتلك النسبة، فإذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وإن لم يكن ثابتاً في

الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكى عنه **(ولا كذلك أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها)** لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة. واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات. وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة إرادة الحال به. إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة، وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس

besturdubooks.wordpress.com

يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد. وله أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضروراته، فإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء **(ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً)** لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث

المعنى، فصدق وصفها بالأولى والوسطى إلى آخره باعتبار أن قوله: اختاري اختاري جملة بعد جملة. والحاصل من هذا اخترت لفظتك الأولى أو كلمتك الأولى، ولا معنى له أصلاً بعد فرض إهدار وصف الطلاق به. وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الإيقاع بكلمتك الأولى لأن الإيقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق. ولو قال لها: اختاري ثلاثاً فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقاً لأنه جواب الكل، حتى لو كان بمال لزم كله قوله: **(فهي واحدة يملك الرجعة)** وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والأوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الإسلام فإن فيه ما في الهداية. وجه الصحيح أن الواقع بالتخيير بائن لأن التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وإيقاعها وإن كان بلفظ الصريح، لكن إنما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به إليها، والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به لأنها لا

بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل. وأقول: بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف، ومنهم من قال بالعكس، ومنهم من قال بالاشتراك، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف. قال: **(ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس، وعندهما تطلق واحدة، وإنما لا يحتاج إلى النية)** وإن كانت من الكنايات **(لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر)** فكان متعيناً فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام، قال: الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد، وكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار إليّ بالكلمة الأولى، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا. ولأبي حنيفة أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال هذا جاء أولاً وهذا جاء آخراً وكل مالا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الأولى وأختاها، وإذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضاً لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والإفراد من ضروراته، وإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء. وإذا لغا في حقهما بقي قولهما اخترت وهو يصلح جواباً للكل فيقع الثلاث، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاماً. والثاني أن الأولى اسم لفرد سابق فكان الإفراد أصلاً والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه. والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم يكن مفيداً، وهذا على ذلك الاصطلاح، ويجوز أن يكون مجازاً من باب ذكر الكل وإرادة الجزء، وعن الثاني بأن كلاً من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالاً على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لا تقوم إلا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيراً **(ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً)** وهو واضح **(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة)** يعني في جواب من قال اختاري **(فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ)** يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة **(يوجب الانطلاق)** أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً فهذا اللفظ

قوله: **(قال الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب، إلى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيراً)** أقول: آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب، وفي أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فإنه لا

besturdubooks.wordpress.com

فمع التأكيد أولى **(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة)** لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة **(وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة)** لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص.

تملك إلا ما ملكت، ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته. فإن قيل: ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصح جواباً لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر. وسنذكر جوابه في فصل الأمر باليد قوله: **(لكن بتطليقة)** قيل: عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله: طلقي نفسك، وقد ذكرنا أنه لا يقع باخترت جواباً لطلقي نفسك. أجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان العامل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخيير، وقولها: اخترت يصلح جواباً له.

[فروع] قال: أنت طالق إن شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار. ولو قال: اختاري اختاري اختاري بألف فقالت: اخترت جميع ذلك وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف لأنها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط، وكذا لو قالت: اخترت نفسي اختيارة أو واحدة أو بواحدة. ولو قالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثاً بألف على قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: وقعت واحدة بغير شيء إن قالت: اخترت الأولى أو الوسطى، وبألف إن قالت: اخترت الأخيرة. ولو قالت: نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جواباً عن الكل بل البعض، وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك، فإن قالت: عنيت الأولى أو الثانية وقعتا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف. ولو قال: اختاري واختاري واختاري بالعطف بألف فالألف مقابل بالثلاث للعطف، فلو قالت: اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه. ولو قالت: اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده، وعندهما لا يقع لأنه لو وقع وقع بثلث الألف. ولو قال لها: اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لأن من للتبعيض، وعندهما تملك أن تطلق نفسها ثلاثاً لأنها للبيان وهي معروفة.

يوجب الرجعي. فإن قيل: إذن لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار إلى الجواب بقوله: **(فكأنها اختارت نفسها بعد العدة)** فكان مطابقاً من حيث أن الاختيار قد وجد منها.

قال الشارحون: وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تتصرف حكماً للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الإبانة لا غير، والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا، سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب، والدليل أيضاً يساعد ما ذكر في عامة النسخ، فإنه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان، أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة، وإنما تكون بائناً لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس **(وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة)** قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك، وقولها اخترت لا يصلح جواباً لقوله طلقي نفسك بل يلغو. والجواب أن قولها اخترت إنما لا يصلح جواباً لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار، ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى، وههنا لم يكن أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون ما يؤول إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار، فجاز أن يقع قولها اخترت جواباً له.

يوافق المشروح أيضاً، ولا يدفعه ما ذكر في معرض الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف: **(والكلام للترتيب)** أقول: إشارة إلى الجواب عن قولهما قال المصنف: **(ولأن الاختيارة للتأكيد)** أقول: فيه تأمل.

قوله: **(قال الشارحون: قوله يملك الرجعة غلط. وقع من الكاتب)** أقول: كيف يكون غلطاً من الكاتب وقد علل بما علل به. والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في الأمر باليد

(وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير، والواحدة صفة للاختيارة، فصار كأنها قالت: اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث **(ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة)** لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الأولى الاختيارة، وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها

فصل في الأمر باليد

قدم التخيير لتأيده بإجماع الصحابة، والأمر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فإنها تصح ههنا لا في التخيير. واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف، وصحته قياس واستحسان، وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه، ولفظ اختاري نفسك يفيده، فعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده بإجماع الصحابة رضي الله عنهم نصاً، بخلافه بلفظ الأمر باليد، فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحاً، وإنما افترق البابان في القياس والاستحسان في الإيقاع بلفظ الاختيار، فإن إيقاعها به إنما يجوز استحساناً بإجماع الصحابة لا قياساً لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما في ملكه أوسع مما في ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان، فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسي يصح في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري. وأما الإيقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياساً ولا استحساناً فلا يحم حول الحمى وتترك النزول مخافة قوله: **(وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً)** أي ينوي التفويض في ثلاث **(فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد)** وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثاً والوقوع مبني على صحته جواباً، فأفاده بقوله: لكونه أي الأمر باليد تمليكاً كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض

فصل في الأمر باليد

أخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، إذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل. قال في النهاية: إلا أن هذا صحيح قياساً واستحساناً لأن الزوج مالك لأمرها فإنما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتباراً بإيقاع الطلاق. وفيه نظر لأنه ذكر في الاختيار أنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ، حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الأمر باليد كذلك، فينبغي أن لا يصح قياساً كما في الاختيار إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع **(وإذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث)** وبيانه يحتاج إلى إثبات

فصل في الأمر باليد

قوله: **(كالحكم في التخيير في المسائل)** أقول: يعني من اشتراط ذكر النفس أو ما يقام مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما إذا قالت اخترت نفسي بتطليقة في جواب الأمر باليد على ما ذكره المصنف قوله: **(إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضاً، إذ مخالفة القياس في التخيير من حيث أن المرأة تطلق بقولها اخترت نفسي في جواب التخيير، ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما في ملكها أوسع مما في ملك مملكها وذلك كذلك هنا إذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضاً بلفظ الاختيار، ولو قالت في الجواب أمري بيدي لا تطلق فليتأمل قوله: **(لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف)** أقول: فيه أن التخيير مؤيد بالإجماع فيكون أقوى قوله: **(أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده)** أقول: تعليل لتفسيره.

besturdubooks.wordpress.com

أمرها، وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل

بطلقي نفسك فإنه تمليك كالتخيير، ولا يصلح اخترت نفسي جواباً له حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله. وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق، ولذا لو قالت: طلقت نفسي فأجازه مبدأ جاز، ولو قالت: اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جواباً للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف، ثم كون الأقوى يصلح جواباً للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه. ويمكن كونه لأن الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقاً أو مساوياً. وفرق قاضيخان في شرح الزيادات بأن قولها: اخترت مبهم، وقوله: طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جواباً للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين، ثم أفاد الثاني بقوله: (والواحد) أي التي نطقت بها (صفة

صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاثة، أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جواباً له، وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلأن الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة) أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الأولى الاختيارة، وإنما عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها، وبذلك: أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع ما فوّضت إلى اختياره واحدة، وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض إليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق، وهو في الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها، وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها، ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الأولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف، وكأنه قال وهو في الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية، والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة أنه ملكها أمرها، فقوله في البائن خبر إن وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة أنه ملكها أمرها، وأن تمليكه إياها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في إيقاع المرأة كلامها مطابقاً لكلامه. فإن قيل: ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قوله ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الأول رجعياً كما تقدم وفي الثاني بائناً كما ذكره، وهل هذا إلا دليل على أن ما تقدم كان سهواً من الكاتب كما ذكره الشارحون. فالجواب أن الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وإن نوى الزوج، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة، والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياساً واستحساناً على ما نقلنا عن صاحب النهاية في أول هذا الفصل (وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لأنه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الإسلام: الأمر اسم عام يتناول كل شيء، قال الله تعالى ﴿والأمر يومئذ

قوله: (لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف إلخ) أقول: فيه تأمل، إلا أن يقال: يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة قوله: (لكون الأمر باليد إلخ) أقول: محل بحث، والأصوب أن يقول وإلا لم تملك أمرها قوله: (والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول: فيه بحث، ألا يرى إلى ما قاله المصنف من أن الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها قوله: (قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام يتناول كل شيء إلخ) أقول: قبل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين، وهل هذا إلا خبط؟ والجواب أن مراده بقوله اسم عام يتناول كل شيء هو التناول على سبيل البدل وإرادة الأشياء كلها من قوله تعالى ﴿والأمر يومئذ لله﴾ بواسطة الألف واللام الاستغراقية، والمراد من قوله صلح اسماً لكل فعل صلح إطلاقه لكل فعل.

besturdubooks.wordpress.com

أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد) لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر. وقال زفر رحمه الله: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت، والأمر باليد يحتمله، فيوقت الأمر بالأول وجعل الثاني

الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة لأنه جعلها وصفاً لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث وصرحت بقولها: اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة، فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار، وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده، وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث، ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة، وما لا يحصى من هذا لا يراد به إلا بلوغ ما قيد به من الترك مثلاً والكراهة والإعراض منتهاه. وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة يحتمل كونه صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها: اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون إرادة الموصوف طلقة أو اختيارة، فإذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة. والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا، فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها: اخترت نفسي بواحدة، بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضاً، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث يقع ثلاث، وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالبائن لا بالرجعي، وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث، فإذا قال الزوج: نويت التفويض في واحدة بعد ما طبقت نفسها ثلاثاً في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلاث قوله: **(وقد حققناه من قبل)** أي في فصل الاختيار بقوله: الاختيار لا يتنوع قوله: **(ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه والليل إلى آخره)** حاصله أن قوله: اليوم وبعد غد واليوم وغداً يفترقان في حكمين: أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد، والثاني عدم ملكها في الليل، وفي اليوم وغداً لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غداً: أي نهاراً وتملكه ليلاً، والفرق مبني على أنه تمليك واحدة في اليوم وغداً وتمليكان في اليوم وبعد غد. وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكاً واحداً في اليوم وبعد غد، فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردته اليوم قياساً على طلقي نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحداً فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغداً. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت، وإذا وقع تصير به طالقاً في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقاً آخر، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهراً في قصد الأمر المذكور بالأول، وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم تكن لهذه الطفرة معنى، وإذا كان كذلك يصير لفظ

﴿لله﴾ أراد به الأشياء كلها، وإذا كان الأمر اسماً عاماً صلح اسماً لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم **(بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل)** يعني في فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لا يتنوع. وقوله: **(ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل)** حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق **(وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين)** يعني اليوم وبعد غد **(بينهما وقت من جنسهما)** يعني الغد **(لم يتناوله الأمر)** فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا أمرين **(فبرد أحدهما لا يرتد الآخر)** وهذا دليل كون الأمر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم. وقوله: **(إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول اليوم)** دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى الإدلاج ملبس وإن كان ظاهراً. وقال زفر: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر. وقلنا: الفرق بينهما ظاهر، وهو أن الطلاق لا يحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقاً غداً وبعد غد وغيره، وأما الأمر باليد فإنه يحتمله، وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيؤقت بالأول، وجعل الثاني أمراً مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك

besturdubooks.wordpress.com

أمراً مبتدأ (**ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك، فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد**) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع. وجه الظاهر أنها إذا اختارت

يوم مفرداً غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة: أي أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد. ولو قال: أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل، بخلاف اليوم وغداً فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعاً بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله: أمرك بيدك في يومين، وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالاً لغوياً وعرفياً، على أن على ما روي ابن رستم من أنه إذا قال: أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين، بخلاف اليوم وغداً يمتنع قياسه. وأيضاً في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضاً، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه، وقول المصنف: وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلاً لدخول الليل في التمليك المضاف إلى اليوم وغد لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى: أعني أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع قوله: (**وعن أبي حنيفة في مسئلة أمرك بيدك اليوم وغداً أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً**) رواه أبو يوسف عنه، ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو نجز، فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضاً فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغداً واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها. وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعاً بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك، ويضاف توقيت التمليك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعاً كما في الإجارة. والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين: كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض. والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية إذ قد يمتد يوماً ويوماً أو أكثر، وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة. وأما تقريره بأن المخير بين أمرين إنما له اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها: أعني أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إنما يرتد شطر التمليك، وقد قلنا: إن هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول، وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها، ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول: عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق، ويكون هذا إعطاء لنفس هذا الحكم هو مستند ما فرّع في الذخيرة حيث قال: لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازماً فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا، وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الأمر باليد حيث صرح في الرواية أنه لا يرتد بالرد، وفي الكتاب أنه يرتد: أعني في قوله: أمرك بيدك اليوم وغداً،

بعد غد (**ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك**) وكلامه ظاهر. وقوله: (**لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع**) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بأن تقول لا أقبل كما أنه ليس لها أن ترد الإيقاع الذي

قوله: (معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد إلخ) أقول: هذا لا يدل على أنه ليس لها أن ترد إذا اختارت زوجها، والكلام فيه فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر لأن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً أنهما أمران لما أنه ذكر

وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها، فإن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم، وحقيقته انتهاء ملكها، وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع، لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا أنه لا يرتد ونقلوا أنه يرتد بالرد. ووفقوا بأنه يرتد بالرد عند التفويض، وأما بعده فلا يرتد كما إذا أقرّ بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يصح. وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط أو التمليك. أما الإسقاط فظاهر، وأما التمليك فقال تعالى ﴿وأن تصَدّقوا خير لكم﴾ [البقرة: ٢٨٠] سمي الإبراء تصدقاً. ومما وقع في هذا الباب من المتناقضة ما ذكر في الفصول: لو قال لامرأته: أمرك بيدك ثم طلقها بائناً خرج الأمر من يدها، وقال في موضع آخر: لا يخرج وإن كان الطلاق بائناً. ووفق بأن الخروج فيما إذا كان منجزاً وعدمه إذا كان معلقاً مثل أن قال: أكرترابز نم فأمرك بيدك ثم طلقها بائناً أو خالعها ثم تزوّجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها، ولو طلقها ثلاثاً ثم تزوّجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة إضافته كما في المسئلة الآتية إذا قال: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، وسيأتي الكلام فيها قوله: **(وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً أنهما أمران)** حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غداً، لأنه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج. قال السرخسي: وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت خبراً عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد، والأصل استقلال كل كلام. وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافاً، فلم يبق تخصيص أبي يوسف إلا لأنه مخرج الفرع المذكور. واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلاً فلا تغفل عنه لأنه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل، والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله: أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط، بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم إنما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الأصل في أنت طالق غداً وفي غد. وفي جامع التمرتاشي: أمرك بيدك اليوم غداً بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة، فصار كقوله: أمرك بيدك أبداً فيرتد بردها مرة، وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لأنها أوقات حقيقة قوله: **(وإذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح)** ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم، وهذا أيضاً مما يفارق به سائر التمليكات فإنها لا تصح إضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الأعيان كما تقدم، وقد يخرج على أنه في معنى التعليق. فإن قيل: يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان: لو قال: أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثاً للسنة أو ثلاثاً إذا جاء غد فقالت في المجلس: اخترت نفسي طلقت ثلاثاً للحال، ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئاً بطل لأن قوله فطلقي فسك ثلاثاً تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلاث، أما لا يحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنة لأن الأمر باليد يقتضي المالكية، والأمر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال فلا تثبت المالكية، ولهذا لو قال: أمرك بيدك ونوى السنة أو التعلق لا يصح، فإذا ألحقه بما كان تفسيراً يثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق. فالجواب أن معنى هذا الاحتمال لفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفراده ولا متعلقاً به بعد ما ذكر أن قوله: فطلقي نفسك ثلاثاً للسنة أو إذا جاء غد تفسيراً لذلك التفويض فكان التعليق مراداً بلا لفظ، ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقاً. وقد حققناه

أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق، وإذا كان كذلك كان الأمر باقياً في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غداً. وقوله: **(وجه الظاهر)** ظاهر وكذا قوله: **(وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم)** قال شمس الأئمة: هذه هي الرواية الصحيحة، وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد، وقوله: **(وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم**

besturdubooks.wordpress.com

لكل وقت خبراً بخلاف ما تقدم **(وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها)** لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر)** لأن هذا تمليك التطليق منها **(لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس**

من قبل: يعني في آخر فصل إضافة الطلاق، وإنما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقاً لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود قوله: **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر، لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)** أي في أوّل فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو أن التمليك يستدعي جواباً في المجلس، ولم يستدل على أنه تمليك، واستدل هنا عليه بقوله: لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه. والوجه المشهور فيه قولهم: هو الذي يتصرف لنفسه، وإلا فالوكيل يتصرف برأي نفسه، وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه، وسنحقق ما ذكر في ذلك لينندفع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى، وقدمنا ما في قوله: يستدعي جواباً في المجلس، فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة حيث قالوا لها في المجلس: قوله: **(ثم إن كانت تسمع)** أي تسمع لفظه بالتخيير **(اعتبر مجلسها ذلك)** أي مجلس سماعها **(وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها)** على ما ذكرناه **(لأن هذا تمليك يفيد معنى التعليق)** أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها، وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن

تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل إضافة الطلاق وإليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل. وقوله: **(فيتوقت به)** أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه **(وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأي نفسه)** وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس **(وقد بيناه)** يعني في فصل الاختيار من قوله: التمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع. قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك، وذلك يقتضي أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين وإن قامت عن المجلس، لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة، لأن المرأة إذا لم تقم من مجلسها يوماً أو أكثر لا يخرج الأمر من يدها، وهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف **(ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك)** أي الذي سمعت فيه **(وإن كانت لا تسمع)** لغيبة أو لصمم **(فمجلس علمها)** وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق، وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق، وفيه نظر لأن التمليك لا يحتمل التوقيف والتعليق كذلك، والأمر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملاً له؟ وأجيب بأن التمليك الذي هو معتبر فيه من باب التمليك المنافع

قال المصنف: **(لأن المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة)** أقول: قال ابن الهمام: منقوض بالوكيل فإنه أيضاً يتصرف برأي نفسه. والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث قوله: **(وهذا يقتضي الخ)** أقول: يعني قوله هناك والتمليك يقتصر على المجلس قوله: **(وبينهما تناف)** أقول: وبالله المستعان أن في قول المرأة اخترت نفسي مثلاً في جواب التفويض جهتين: جهة كونه جواباً لقول الزوج، وجهة كونه ملكاً له، فإن الذي يملكها الزوج هو هذا القول، فإن كان التفويض مطلقاً اعتبر كونه جواباً فلا بد منه في المجلس، وإذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكاً ولم يقتصر على المجلس توفيراً للجهتين حظهما فليتأمل، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه في أوائل فصل الاختيار قوله: **(وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق)** أقول: الأصوب أن يقول: إن طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق، وإلا فعلى ما ذكره الشارح إذا قالت في الجواب أردت طلاقي ينبغي أن تطلق، إلا أن يكون مراده الإرادة المقارنة للفعل وتلك لا تكون إلا بتلفظها بالطلاق قوله: **(يشتمل على معنييهما)** أقول: يعني التمليك والتعليق قوله: **(فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ)** أقول: هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس إذ يجوز أن يتأبد كما في البيع فإن حكمه متأبد، ولا مخلص إلا بما ذكرنا.

besturdubooks.wordpress.com

وقد بيناه) ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك، وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس، ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه، بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار، ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، إذ القيام يفرق الرأي، بخلاف ما إذا مكثت يوماً لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الإعراض. وقوله مكثت يوماً ليس للتقدير به. وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع

الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال: إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق، والظاهر أن كلها مما يمكن ترتبها على التمليك، فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة، وقدمنا أن إلحاقه بالعارية أقرب. ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول: أمرك بيدك شهراً أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي تحقق في الحال، وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أوّل الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول، وأما اقتصار على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف: أنه تمليك وهو يستدعي جواباً في المجلس، وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه، بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده، ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة. فإن قلت: قد وقع في كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول، قلنا: لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له. أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلاً من التعليق والتمليك، لأنه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا، فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا، ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق، وقولهم: كأنه قال: إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال: إذا بعت متاعي فقد أجزت بيعك، والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا، والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة في دائرة الإمكان قوله: **(وقوله)** أي قول محمد: رحمه الله تعالى **(ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به أنه عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه)** فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلاً أو شربت أو قرأت قليلاً أو سبحت أو قالت ادع إلي أبي استشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أو تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها، وما ذكر من هذا مثله في قوله: اختاري وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت، وكذا إذا قال لأجنبي: أمر امرأتي بيدك أو طلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت، بخلاف قوله: بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق. ولو اغتسلت أو امتشطت أو جامعها أو اختضبت أو جامعها يبطل، وذكر المرغيناني إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم

كالإجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت، وإذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الأمر بيدها في المدة التي وقتها، فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة، وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضاً. وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت، فإذا كان الأمر باليد مطلقاً عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك، فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين، واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، ولا يعتبر مجلسه، حتى لو قال وهي جالسة، فالخيار باق لأن التعليق حينئذ لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه، بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسها جميعاً، فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز إذا اعتبر مجلسها، فالمجلس تارة يتبدل بالتحول: يعني إلى مجلس آخر، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار، يعني في قوله إذ مجلس الأكل

besturdubooks.wordpress.com

لما كان فيه لا مطلق العمل **(ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها)** لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي **(وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت)** لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً، كما إذا كانت محتبية فتربعت. قال رضي الله عنه: هذا رواية الجامع الصغير، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضاً، والأول هو الأصح. ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله **(ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهود أشهدهم فهي على خيارها)** لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض **(وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها، وإن سارت بطل خيارها)** لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها (والسفينة بمنزلة البيت) لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر.

تنتقل، قيل: لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض، وقيل: يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرهاً، وقيل: إذا لم تنتقل لم يبطل، وإن انتقلت ففيه روايتان، ولو نامت وهي قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها، ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح، ولو قال: أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس رداً فتملك بعده الطلاق. قيل: فيه نظر لأن قولها: لم إلخ كلام زائد فيتبدل به المجلس، وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضته في غيره، وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد الطلاق قوله: **(والأوّل أصح)** أي ما ذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل، لأن من حز به أمر قد يستند لأجل التفكر لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس قوله: **(وإن سارت بطل)** قيل: لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكماً، وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلاً بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل، ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا، ولو كانت راكبة فنزلت أو تحوّلت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها، وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة قوله: **(والسفينة كالبيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها)** بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس. وعن أبي يوسف أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها.

غير مجلس المناظرة إلى آخره. قوله: **(ويخرج الأمر من يدها)** ظاهر. قوله: **(وليس للتقدير به)** أي باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض فهو باق، والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير. وقوله: **(ولو كانت قائمة فجلست)** ظاهر وقوله: **(والأول)** أي رواية الجامع **(أصح)** لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود. وقوله: **(ففيه روايتان عن أبي يوسف)** في رواية الحسن عنه لا تبطل، وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر. ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه، قيل خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلا عنه. وقوله: **(ولو قالت ادع أبي أستشيره)** ظاهر. وقوله: **(والسفينة بمنزلة البيت)** يعني أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في المشيئة

(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق، وهو اسم جنس فيقع

فصل في المشيئة

قوله: **(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها)** سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقاً وإنما صح إرادة الثلاث **(لأن قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق)** فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الأمة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت)** أي رجعياً، ولو قالت: اخترت نفسي لم تطلق. وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت أن المفوّض الطلاق، والإبانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوّض إليها. بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحاً ولا كناية، ولهذا لو قالت: أبنت نفسي توقفت على إجازته، ولو قالت: اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه إجازة، وإنما كناية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما إذا جعل جواباً للتخيير، غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل. لا يقال: قد صح جواباً للأمر باليد. لأنا نقول: الأمر باليد هو التخيير معنى فيثبت جواباً له بدلالة نص إجماعهم على التخيير، وهذا لأن قوله: أمرك بيدك ليس معناه إلا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه، فحيث جعل جواباً للتخيير بلفظ التخيير كان جواباً للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى، بخلاف طلقي لأنه وضعا طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه، ثم إذا أجابت باخترت نفسي خرج الأمر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها في ذلك الأمر. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بجوابها بأبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها، لأن الإبانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر، ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها: اخترت، وصار كما لو قال: طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال: ثلاثاً فطلقت ألفاً لا يقع شيء. والجواب أنها خالفته فيهما في الأصل، في الأولى ظاهر وكذا في الثانية، لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على تقدم فيكون خلافاً معتبراً، بخلاف ما نحن فيه لأنها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الأصل فلا يعد خلافاً إذ الوصف تابع. واعلم أن المسئلتين ذكرهما التمرتاشي، والخلاف فيهما في الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره، إذ لو أوقعت على الموافقة: أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف، والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن، وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافاً نظراً إلى أنه الأصل

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دوري فيسقط **(ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن)** سواء طلقت جملة أو متفرقة. وقوله: **(لأن قوله طلقي)** ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت، ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق)** والفرق بينهما ما

فصل في المشيئة

قوله: **(لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى)** قول: إنما ابتدأ به لأن ما ذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد، وبه أيضاً يظهر وجه ذكر هذه المسألة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل قوله: **(فكان الابتداء**

besturdubooks.wordpress.com

على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث، وينصرف إلى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوّض إليها صريح الطلاق، ولو نوى الثنتين لا تصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة لأنه جنس في حقها **(وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت)** ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته أبنتك ينوي بها الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال

في الإيقاع، والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى قوله: **(ولو قال لها طلقي نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق، ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق، بخلاف قوله طلقي ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع)** وكذا قوله لأجنبي: طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها، وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له: أبرىء ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمناً على ما قدمناه، والتوكيل استعانة، فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئي ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر، وإن عدم الرجوع أيضاً يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعاً على ما صرح به في الذخيرة، وأنه لا حاجة إلى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات، فلوَ صح لزم أن لا يصح الرجوع عن التوكيل وولاية. وأما الاقتصاد على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده)** وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم. ويرد على قول: أبي حنيفة في «إذا» أنها عنده بمنزلة «إن» فلا تقتضي بقاء الأمر في يدها، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطاً وأن تعمل ظرفاً والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك، وصار كما إذا قال: في أيّ وقت شئت، ولأنها إنما تملك ما ملكت، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لا تنجيز. ومن فروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطاً لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها، وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطاً على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى قوله: **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله)** أي للقائل **(أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم)** وله أن يرجع ولا يقتصر، وللوكيل أن يفعله بعد المجلس، بخلاف قوله لها: طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر: هذا والأول)** وهو قوله للرجل: طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة **(سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه)** وكيلاً كان أو مالكاً **(يتصرف عن مشيئته)** فصار كما إذا قال له: بع عبدي هذا إن شئت لا يقتصر وله الرجوع. أجيب بأن ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في أنه إذا أثبت له المشيئة لفظاً صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل، لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئة ذلك الغير وإن كان امتثاله

ذكره في الكتاب أنّ الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح؛ ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق ما فوّض إليها لكونه تطليقاً فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل، وإذا كان الجواب موافقاً للسؤال من حيث الأصل كان صحيحاً من حيث الأصل إلا أنها زادت فيه: أي في الجواب وصفاً وهو تعجيل الإبانة لأن الرجعة إنما تفيد الإبانة بعد انقضاء العدة، فإما أن يبطل الأصل لأجل ما زيد فيه من الوصف، أو يلغو الوصف لرعاية الأصل، وإلغاء الوصف لتصحيح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت في جواب طلقي

فيه بمسألة إلخ) يعني ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد قوله: **(لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح)** أقول: فيه بحث قوله: **(وألفاظ الطلاق توافق ما فوض إليها لكونه إلخ)** أقول: ضمير لكونه راجع إلى ما.

besturdubooks.wordpress.com

الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفاً وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل، كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع، ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخيير، وقوله طلقي نفسك ليس بتنجيز فيلغو. وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق **(ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه)** لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم، ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك، بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك لأنه توكيل

بمشيئة نفسه، بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالاً، فإذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئة كان ذلك تمليكاً فيستلزم حكم التمليك، بخلاف البيع لأنه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس. قيل: فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق، وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل، وذلك لأن التوكيل هو قوله: بع فكيف يتصور كون نفس قوله: معلقاً بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد. وإلى هنا تم من المصنف إناطة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة واحداً، فإن العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية في متعلقها بل هي والإرادة يخصصان الشيء بوقت وجوده، والأول نقضناه بالوكالة، وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه ما يقيده في فعل ولا ترك، والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إذا لم يفعل فإنه إذا وكله فرضي كان واعداً بفعل ما استعان به فيه، فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخلفة بترك الطلاق إذا لم يقسرها عليه قاسر شرعي، فظهر أن الوكيل ليس عاملاً برأي نفسه مطلقاً، والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه، وقدمنا ما في جوابه من النظر، ولو تم انتقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعاً ليس بتطليق زوجة غيره عاملاً لنفسه، والثالث

نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة. وقوله: **(وينبغي أن تقع تطليقة رجعية)** إنما قال هكذا تفسيراً لكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر، ورأى أنه مستغنى عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل. وقوله: **(بخلاف الاختيار)** متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح **(وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوّض إليها)** حيث كان المفوّض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لا محالة، وفي هذه الرواية إبطال الأصل للوصف وهو ضعيف. وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقاً بائناً لأن الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقاً وهو يملك إيقاع البائن والرجعي فكذا هي، وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب، والفقه هو الأول: أعني ظاهر الرواية **(وإن قال لها طلقي نفسك)** ظاهر. وحكمه اللزوم نظراً إلى اليمين والاقتصار على المجلس نظراً إلى التمليك: وفيه مطالبتان

قوله: **(وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا، إلى قوله: ويثبت الأصل)** أقول: قيل بل لا وجه له لأن ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو قوله: **(وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب)** أقول: إذا كان المفوض الطلاق والإبانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة، والجواب أن الطلاق إذا أطلق لا يكون رجعياً.

sturdubooks.wordpress.com

وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده)** لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أيّ وقت شئت **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده)** وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة)** وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر رحمه الله: هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة

أقرب والله أعلم فالمعوّل عليهما قوله: **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت)** كالزوج نفسه **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً)** وكقولها: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة وأبنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي وضرّتي، وقول العبد: في جواب أعتق نفسك أعتقت نفسي وفلاناً حيث يقع ثلاث في الأولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي ويعتق وهو دون من قرناه **(ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها مبتدئة)** فيتوقف على إجازة الزوج، وبهذا يخرج الجواب عما بعد الأولى من الصور لامتثالها بدءاً، ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر. ووجهها في أبنت نفسي أن معناه طلقت نفسي بائناً والباقي ظاهر. وقوله: بخلاف الزوج جواب عن الأول: أي أن الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث، وكما إذا صرح بما الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه، وكذا هي في المسئلة الأولى وهي قوله لها: طلقي نفسك ثلاثاً ملكتها بجميع أجزائها **(أما هنا فلم تملك الثلاث)** لأنه إنما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوّض إليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة، وحقيقة الفرق أنها ملكت الواحدة وهي شيء بقيد الوحدة، بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فإنها بقيد ضده، وهذا معنى قوله: الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا ترتيب فيه فكان بينهما تضاد، بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث، أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا، وهذا التقرير لا يستعقب إيراد. ووقع في لفظ المصنف قوله: والثلاث غير الواحدة: يعني فلم تكن بإيقاعها موافقة لما ملكها. فاعترض بأن مذهب أهل السنة الجزء من العشرة ليس عنها ولا غيرها. وأجيب بأن ذلك في الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق، وأنت تعلم أن مجرد اصطلاح للمتكلمين كما أن اصطلاح الفلاسفة أن ما ليس عيناً فهو غير، ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلاً بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف إثبات المطلوب عليه، إذ يكفي فيه أن يقال فوّض إليها الثلاث والواحدة ليست إياها فلا تكون مفوضة إليها فإيراد مثله إلزام بمجرد الاصطلاح، وغاية ما

إحداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك إن طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك إن أردت طلاقها فهي طالق. والثانية ما وجه اختصاص الأول بالتمليك والثاني بالتوكيل؟ والجواب عن الأولى أن اليمين بالتعليق إنما يكون فيما وجوده متردد، ووجود طلاق الضرة إذا فوّض إليها أمر كائن لا محالة طبعاً وعادة فلا يصلح شرطاً. وأجيب عن الثانية بما تقدم، أن المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره، والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج. وفيه نظر، لأنها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها، ولأن الصورتين إما أن يكونا من باب المشيئة أولاً. والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل **(وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت)** واضح. ولقائل أن يقول التمليك في هذه الصورة موجود أولاً، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك.

قوله: **(والحكم قد يتأخر لمانع)** أقول: الظاهر أن يقال: والحكم قد يختلف، وقد سبق أن في الأمر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس.

besturdubooks.wordpress.com

كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله **(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة)** لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وقالا: تقع واحدة)** لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً. ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوّض إليها فكانت مبتدئة، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة، بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك، وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث، أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوّض إليها فلغت **(وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن**

يلزم بعد التزامه أن المصنف عبر عما ليس إياه بلفظ غير مجازاً قوله: **(ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائناً أو أمرها بالبائن فطلقت رجعياً وقع ما أمر به، ومعنى الأول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لأن قولها رجعية لغو لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك إلى أصل الإيقاع)** لا إلى ذكر وصفه. فذكرها إياه موافقاً أو مخالفاً لا عبرة به لأن الوقوع بإيقاعها ليس إلا بناء على التفويض، فذكرها كسكوتها عنه، وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض. وحاصل هذا كله أن المخالفة إن كانت في الوصف لا يبطل الجواب، بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوّض به، بخلاف ما إذا كانت في الأصل حيث يبطل، كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثاً على قول أبي حنيفة، أو فوض ثلاثاً فطلقت ألفاً، وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله: طلقي نفسك قوله: **(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إلخ)** تقدم أنه إذا قال: طلقي نفسك ثلاثاً تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثاً، فلو أنه زاد قوله: إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقاً بشرط هو مشيئتها إياها ولم يوجد الشرط لأنها لم تشأ إلا واحدة،

والجواب أن الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك، والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الأصول. قوله: **(وإذا قال لرجل طلق امرأتي)** واضح، ومناطه ما ذكرناه في التمليك والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه **(ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر: هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لأنه يتصرف عن مشيئته)** لأن الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري، وإذا تساويا كان الثاني توكيلاً كالأول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع إن شئت، فإن ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل إلى التمليك **(ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته)**. لا يقال: قد

قوله: **(يترتب عليها استحسان الفعل وتركه)** أقول: ضمير تركه راجع إلى الفعل قوله: **(والأولى ثابتة في الوكيل إلى قوله: والثانية إنما تكون في الملاك)** أقول: فيه أن الظاهر أن الثانية أيضاً ثابتة للوكيل، ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمراً لذمي وكالة عنه قوله: **(سقط هذا الاعتراض)** أقول: فيه بحث، فإن الإقرار في المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضاً فكيف يكون تمليكاً قوله: **(وإن ذكرها كان تمليكاً)** أقول: كيف يكون تمليكاً والإقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد قوله: **(أجيب بأنه اعتبر التوكيل إلخ)** أقول فيه: أن الأول قابل للتعليق، بخلاف الثاني فكيف يعتبر به قوله: **(والواحد الموجود إلخ)** أقول: من أين ثبت وجوده، وهل الكلام إلا فيه. ثم إن تعليل المصنف بقوله لأن الثلاث اسم لعدد مركب إلخ يدل على تغايرهما مطلقاً كما لا يخفى والأولى أن يقال: مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف: **(أما ههنا لم تملك الثلاث)** أقول: الزوج أيضاً لا يملك الألف فلا بد من الفرق.

besturdubooks.wordpress.com

فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الأول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائناً أو رجعياً **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء)** لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط **(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً فكذلك عند أبي حنيفة)** لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها **(وقالا: تقع واحدة)** لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة، كما أن إيقاعها للواحدة فوجد الشرط **(ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الأمر)** لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها، والنية لا تعمل في غير المذكور حتى

وتقدم أنها لو قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وتقع واحدة عندهما، فلو زاد قوله: إن شئت فالخلاف على ما هو عليه، فأبو حنيفة يقول: مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط، وهما يقولان: مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة، وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك قوله: **(ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت: شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة)** منها **(وهي قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى لأنه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها)** لأنها لم تقل شئت طلاقي إن شئت ليكون الزوج بقوله: شئت شائياً طلاقها لفظاً بل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور الصالح للإيقاع ولا في المذكور الذي ليس بصالح للإيقاع به نحو اسقني **(حتى لو قال شئت طلاقك ينويه وقع لأن المشيئة تنبيء عن الوجود)** لأنها من الشيء وهو الموجود **(بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لأنه لا ينبيء عن الوجود)** بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل، وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة في صفة العباد مختلفان، وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقاً فلا يدخلهما وجود: أي لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا ما أراده، لأن تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا لذات الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية

بين آنفاً أن الوكيل أيضاً يتصرف بمشيئته. لأنا نقول: المشيئة نوعان: مشيئة تفتقر إليها الحركة الإرادية وهي ثابتة في كل متحرك بها، ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه، والأولى ثابتة في التوكيل مع جهة حظر برفعها قوله طلقها إيقاعاً للفعل الموكل، والثانية إنما تكون في الملاك وقد فوّضها إليه بقوله إن شئت فكان تمليكاً، هذا ما أمكنني تلخيصه من كلام المشايخ. ولقائل أن يقول: كونه عاملاً لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة. وأقول: إذا بنى الكلام

قوله: **(وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ)** أقول: إذا كان الطلاق مذكوراً صريحاً في كلام المرأة قوله: **(لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو إلخ)** أقول: كونه لغواً لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدراً في كلامها وأن يلغو ما يبتنى عليه، ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت إذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق قوله: **(وعن الثاني، إلى قوله: فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً)** أقول: مخالف لما في حيز قيل بعد سطر قوله: **(بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب)** أقول: فإن قيل إذا كان الإرادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقاً كما في أوامر الله تعالى، قلنا: الطلب الذي هو مدلول الأمر طلب تكليفي والإرادة طلب تكويني وبينهما فرق، وقد يكون مدلول بعض الأوامر طلباً تكوينياً أيضاً كما في قول الله تعالى ﴿كن﴾.

besturdubooks.wordpress.com

لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة تنبىء عن الوجود، بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبىء عن الوجود **(وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجىء بعد)** لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر **(وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت)** لأن التعليق بشرط كائن تنجيز **(ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن رداً ولا يقتصر على المجلس)** أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها، كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع، ولو ردت الأمر لم يكن رداً لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة

القدرة، بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية، ثم القدرة تؤثر على وفق الإرادة، غير أنه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا: في المشيئة بخلاف العباد، وعن هذا لو قال: أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال: شاء الله، بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لأنهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود. ولو قيل: التخصيص بالوقت الإرادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام. نعم فرق بين الطلبين أنه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه، ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفاً دائماً كما في الطلب المعبر عنه بكن. ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الأفعال، وإذ قد ظهر الفرق بين الإرادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين المشيئة والإرادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى. بقي الشأن في كون المشيئة تنبىء عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشيء وهو الموجود فيه نظر، فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارىء على اللغة فإنه لغة يقال للمعدوم والموجود، وكون الإرادة نسبت إلى ما لا يعقل بخلاف المشيئة، كما ذكر شمس الأئمة لا أثر له إلا لو لم يكن مجازاً عقلياً أو مجازاً لغوياً في لفظ الإرادة، على أنه سمع نسبة المشيئة أيضاً إلى ذلك. أنشد ابن السكيت في إصلاح المنطق:

يا مرحباه بحمار عقرا إذا أتى قربته لما يشا

من الشعير والحشيش والما

وهو من شواهد قصر الممدود، فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه: يعني يكون العرف العام أنه الشيء الموجود والمشيئة منه بأن يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدراً لشاء، فإنه يقال: شاء شيئاً على إرادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه. ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج إلى النية فلزم الوجود فيها، فإذا قال: شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار، بخلاف أردت كذا مجرداً يفيد عرفاً عدم الوجود، وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته، ولو قال: شائي طلاقك ناوياً للطلاق فقالت شئت وقع، ولو قال: أريديه أو أهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت: أردته أحببته هويته رضيته لا يقع، بخلاف ما لو قال: إن أردت أو أحببت إلى آخرها فقالت: أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لا يفتقر إلى النية، وهو كقوله: إن كنت تحبيني يتعلق بإخبارها فإذا قالت: أحببت وقع قوله: **(وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى)** كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء، أو لأمر كائن كشئت إن كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز. قيل: يلزم عليه أنه لو قال: هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو

على ما قد ثبت أن التمليك إقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل إقرار شرعي على نفس التصرف لا على أن المالك يعمل لنفسه والوكيل سقط هذا الاعتراض، والنظر الأول في طلاق الضرة على ما مر. ثم أقول: والوكيل في الطلاق كالرسول، وحيث لا يتصوّر أن يكون الشخص رسولاً إلى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكاً، وأما قوله طلقي ضرتك وقوله لأجنبي طلق امرأتي فيحتملان الرسالة، فإن لم يذكر كلمة إن شئت كان توكيلاً، وإن ذكرها كان تمليكاً صوناً للزيادة عن

besturdubooks.wordpress.com

حتى يرتد بالرد، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقاً بعد تطليق، وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما. وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر قبل **(ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً)** لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم **(حتى لو عادت بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء)** لأنه ملك مستحدث **(وليس لها**

منتف. أجيب بأن من المشايخ من قال: بكفره فاللازم حق، وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل، فكذا إذا جعله بماض تحامياً عن تكفير المسلم. والأوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله وغير واقع مع ذلك الفعل. فإن قيل: لو قال: هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ كافر وإن لم يتبدل اعتقاده. قلنا: النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلماً بقوله هو كافر حقيقة قوله: **(ولو قال: أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت)** بأن قالت: لا أشاء لا يكون رداً ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس، أما كلمة متى فإنها لعموم الأوقات كأنه قال: في أي وقت شئت، وإنما لم يرتد بردها لأنه لم يملكها في الحال شيئاً بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكاً قبله فلا يرتد بالرد. وقد يقال: ليس هذا تمليكاً في حال أصلاً لأنه صرح بطلاقها معلقاً بشرط مشيئتها، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه، وإنما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك إذا شئت لأنها تتصرف بحكم الملك، بخلاف ما لو قالت: طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها: طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد، ثم لا تملك طلاق نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كلما قوله: **(وأما كلمة إذا وإذا ما فهي كمتى عندهما)** فما كان حكماً لمتى يكون حكماً لإذاً **(وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط)** المجرد عن معنى الزمان كما تقدم **(لكنها تستعمل للوقت)** أيضاً مجرداً عن معنى الشرط ومقروناً به، وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك، ففي قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت، وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها. نعم لو صرح فقال: أردت مجرد الشرط لنا أن نقول: يتقيد بالمجلس كما إذا قال: أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم أنه إياً، أراده وقوله وقد مر: يعني في فصل إضافة الطلاق. هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله: إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه، وعلى كل من التقديرين لا يرتد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت: شئت ذلك الطلاق أو قالت: طلقت نفسي وقع معلقاً كان أو مضافاً لا ما قال: المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد بإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى، وقد صرح آنفاً في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة

الإلغاء، إذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص. وقوله: **(والطلاق يحتمل التعليق)** جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع. فإن قيل: هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق. أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال: **(وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً)** هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في إيقاع ما فوّض إليها، والمسئلة الأولى ظاهرة، وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح، كما لو قال لها طلقي نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي فإنه يقع عليها طلقة رجعية، ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدماً

besturdubooks.wordpress.com

أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً **(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها)** لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق ولا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس، بخلاف الزمان لأن له تعلقاً به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموماً وخصوصاً **(وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة)** ومعناه قبل المشيئة، فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً وقال

لأنه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكاً قبله حتى يرتد بالرد. وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه. وعلى هذا فقولهم في قوله: أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوز بالتطليق عنه بأن تقول: شئت طلاقي، أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عنه تحقق الشرط، وإنما يصح كلامهم في قوله: طلقي نفسك كلما شئت قوله: **(إلا أن التعليق إلخ)** جواب عن مقدر هو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبداً، ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً وعادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضاً وليس لها ذلك. أجاب بأنها وإن كانت كذلك لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم، فلو انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك، فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرار ينتهي به التفويض، وذلك القدر هو الثلاث، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضاً خلافاً لمحمد فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم قوله: **(وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً)** بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعاً، وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين، فلو طلقت ثلاثاً أو ثنتين وقع عندهما واحدة. وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن الإيقاع الواحدة عندهما خلافاً له قوله: **(ولو قال: أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس، ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس)** أورد عليه أنه إذا لغا المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كقوله: أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازاً عن الشرط لأن كلاً منهما يفيد ضرباً من التأخير وهو خير من إلغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته ما لا يبطل به كمتى، وإذا أجيب بأن الحمل على أن أولى لأنها أمّ الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام. واعترض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازاً عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى. فإن أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان، وإن أراد معنى الظرفية مطلقاً فليس معناهما أصلاً، بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه الزمان والمكان بالأوعية للأمتعة وهي الظروف لغة قوله: **(فوجب اعتباره عموماً)** كما في أنت طالق في أي وقت شئت **(وخصوصاً)** في أنت طالق غداً قوله: **(ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت)** إن كانت غير مدخول بها طلقة بائنة، وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة، وإن كانت مدخولاً بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله:

للمطابقة في أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثاً **(ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها)** ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على إجازته، وكلامه فيه ظاهر. فإن قيل: قد ثبت من مذهب أهل الحق أن الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها، فما وجه إثبات المغايرة بينهما؟ أجيب بأن ذلك في العشرة الموجودة أو المتصوّرة، وأما الثلاث ههنا فمعدوم، والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة. فإن قيل: سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثاً وقعت الواحدة وقد أتت بغير ما فوّض إليها إذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر. أجيب بأن التفويض هناك لم يتعرض

sturdubooks.wordpress.com

الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته. أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر

ذلك شاءت أو لا، ثم إن قالت: شئت بائنة أو ثلاثاً وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائناً ولا ثلاثاً، ولو لم تحضر الزوج نية لم تذكره في الأصل، ويجب أن تعتبر مشيئتها، حتى لو شاءت ثلاثاً أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الأصلين. أما على أصله فلأنه أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف لأن كيف للحال، والزوج لو أوقع رجعياً يملك جعله بائناً وثلاثاً عند أبي حنيفة، فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك، وأما عندهما فكذلك تملك إيقاع البائن والثلاث لأنه تفويض أصل الطلاق إليها على أي وصف شاءت، كذا في «الكافي»، وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة، أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء (**وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت**) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة. والحاصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل بصفته وعندهما يتعلقان معاً بمشيئتها. وما قيل: إن العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقاً ومنجزاً على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقاً عما يأتي من الزمان ومقيداً به قوله: (**فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها**) لأنه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفاً البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها، وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا أخلف، وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله: أنت طالق تنجيز لأصل الطلاق جاعلاً صفته على مشيئتها، ومن ضرورة إثبات أصله إثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصاً بعض الأوصاف من عمومها. بقي أيّ الأمرين أولى؟ تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز

لشيء، فقد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصاً وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثاً فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله: (**وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة**) ظاهر، وكذا قوله إن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت لأن معنى قوله إن شئت إن شئت الثلاث إذ الشرط لا بد له من جزاء، فإما أن يكون متقدماً عليه أو يقدر مثله متأخراً، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة، وكذا عكسه عند أبي حنيفة لأن الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة، كما أن إيقاع الثلاث ليس بإيقاع للواحدة فيما إذا قالت طلقت نفسي ثلاثاً، ووجه قولهما ظاهر (**ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر**) وكلامه ظاهر، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ. والثاني أنه إذا قال شئت طلاقك: أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج إلى النية. وأجيب عن الأول بأن كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وإنما فيه ذكر المشيئة فيكون شائياً بمشيئتها لا بطلاقها. لا يقال كلامها مبني على كلامه الأول وفيه ذكر الطلاق لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما ينبني عليه. وعن الثاني

قال المصنف: (**لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته**) أقول: أطلق المشيئة في جانبها إذ بها يثبت وجود الطلاق والإرادة في جانبه حيث لا يقع بها الطلاق، وكذا الكلام في قوله أما إذا أردت ثلاثاً فليتأمل، فإنه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا: وإن اختلفا بأن شاءت بائنة قوله: (**وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق إلخ**) أقول: فيه بحث قوله: (**وهي مشتركة بين الكم والكيف**) أقول: فيه بحث.

قوله: (**وهو أن المفوض ههنا متنوع إلخ**) أقول فيه: أن التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة ككون المفوض متنوع لا يفيده.

besturdubooks.wordpress.com

مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير قال رضي الله تعالى عنه: وقال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله **(وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثاً)** وعلى هذا الخلاف العتاق، لهما أنه فوض التطليق

أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقاً للمحافظة على حقيقة العموم؟ والنظر في ترجيح الأول لأن تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقاً لأنه لا يكاد يثبت. وأما ما رجع به في «الكافي» من أن بتقدير قولهما: يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فإنما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف، ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلاً، بل تركيب كيف شئت مجازاً عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى **﴿أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت﴾** [الغاشية: ١٧] أي ينظرون إلى كيفية خلقها. فإن قلت: فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما: لأن تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ. فالجواب لا يجوز لأن شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظاً ومعنى نحو كيف تصنع أصنع. وما قيل في توجيه قولهما: أن غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض، فليس أحدهما قائماً بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجوداً بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته ساء في الأصلية والفرعية، فإن تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر، فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الأصل على ما ذكرنا وهو ضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما يثبت لأحدهما يثبت للآخر، ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير ما قررناه قوله: **(ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق، بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله، وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار في نفس الواقع فلا يقع شيء ما لم تشأ. والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح لها في التخيير. ووجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية. قال: لو طلقت نفسها ثلاثاً على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة: لا يكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك، وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله: إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً ما لم تقم من مجلسها لا يحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة، ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره. وأورد أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت. أجيب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس، ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس، فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا، وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتاً، وإنما يكون لو

بأن قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكاً وقد يقصد وجوده وقوعاً فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً وقوله: **(إذ المشيئة تنبىء عن الوجود)** قيل لأن المشيئة في الأصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود، فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وإيجاد الطلاق بإيقاعه، بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب، قال عليه الصلاة والسلام «الحمي رائد الموت» أي طالبه، فإن قيل: ذهب علماؤنا في أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة؟ فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى، لأن ما شاء الله كائن لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد. وقوله: **(وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي)** ظاهر. وقوله: **(لأن التعليق بأمر كائن تنجيز)** قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي إن فعل كذا وهو يعلم أنه فعله وليس كذلك. وأجيب بأن بطلان الثاني ممنوع، وبعد التسليم نقول: هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل، فكذا إذا حصل بفعل في الماضي تحامياً

besturdubooks.wordpress.com

إليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال: أعني قبل الدخول وبعده. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف للاستيصاف، يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه

كانت معتبرة بمعنى العدد ولأنه المتبادر من ذلك، بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدام ثم **(إن ردت الأمر)** بأن قالت: لا أطلق **(كان رداً)** لأن هذا أمر واحد بخلافه بكلما. قوله: **(خطاب في الحال)** احتراز عن إذا ومتى: يعني هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل فاقتضى جواباً في الحال قوله: **(وإن قال: لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين)** بالاتفاق. واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثاً، وبه قال: الشافعي وأحمد. وتطلق عندهما إن شاءت **(لأن كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز)** أي للبيان كما في قوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] وغيره صلة **﴿ليغفر لكم من ذنوبكم﴾** [نوح: ٤] وتبعيضاً نحو أكلت من الرغيف **(فيحمل على تمييز الجنس)** محافظة على عموم ما: أي بيان الجنس؛ بخلاف ما لو حملت على التبعيض: يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعاً، أما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه في الشرع المنع، فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الأعداد. وعلى قولهما: يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلاثاً **(كما لو قال كل من طعامي ما شئت)** له أكل الكل **(وطلق من نسائي من شاءت)** فشئن كلهن له أن يطلقن، بخلاف ما إذا حملناها على التبعيض فإنه حينئذ يبطل عموم ما **(ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة في التبعيض)** إذا دخل على ذي أبعاض والطلاق منه **(وما للتعميم فيعمل بهما)** بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة إعمال من في معناها في مثله، بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل، **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] أي الرجس الذي هو الأوثان، ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلاث، فإن ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فانحل إلى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء إنما هو في الثلاث، وإنما تملك أن تطلق نفسها واحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله: طلقي نفسك ثلاثاً لها أن تطلق واحدة، وليس على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة إذ المعنى طلقي نفسك عدداً شئته، على أن ما نكرة موصوفة، فالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مزيل من إبهامه.

عن تكفير المسلم. وقوله: **(ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إلخ)** واضح. وقوله: **(فلا يخرج بالشك)** يعني لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله إن شئت، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك. وقوله: **(وقد مر من قبل)** يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان. وقوله: **(ولو قال لها أنت طالق كلما شئت)** ظاهر.

وقوله: **(فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً)** قيل معناهما واحداً. وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثاً، والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر **(ولو قال أنت طالق حيث شئت)** ظاهر. فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان. بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فإنه يقع الساعة. أجيب بأن حيث وأين تفيدان ضرباً من التأخير، وحرف الشرط أيضاً يفيد ضرباً من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط. فإن قيل: إذا جعلا مجازاً عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وإنما يبطل بالقيام عن المجلس إذا جعلا مجازاً عن حرف إن، وأما إذا جعلا مجازاً عن كلمة إذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازاً عن كلمة إذا أو متى؟ أجيب بأن جعلهما مجازاً عن إن أولى لما أنها لمحض الشرط فكانت أصلاً في الباب، والاعتبار بالأصل أولى من غيره،

besturdubooks.wordpress.com

يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه **(وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أيّ عدد شاءت **(فإن قامت من المجلس بطل، وإن ردت الأمر كان رداً)** لأن

[فروع] قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة. وقال محمد: لا يقع شيء لأن معناه إن لم تشائي واحدة فأنت طالق ثلاثاً، فإذا شاءت واحدة لا يقع شيء. ولأبي يوسف أنه أثبت لها مشيئة الواحدة فإذا شاءتها تقع. ولو قال: طلقها إن شاء الله وشئت وأنت طالق إن شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شيء لأنه عطف على باطل فيبطل، ولو قال: حين شئت فهو بمنزلة قوله: طلقها إذا أو متى شئت لأن حين للوقت، ولو قال: إن شئت فأنت طالق إذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال، لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقاً معلقاً في أي وقت شاءت، فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال: أنت طالق إذا شئت لأن المعلق كالمرسل عند الشرط. ولو قال لامرأتيه: إذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد. ولو قال لاثنتين: إن شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شيء، لأن الشرط مشيئتهما الثلاث، بخلاف ما لو قال لهما: طلقاها ثلاثاً فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لأن كل واحد ينفرد بإيقاع الثلاث فيصح إيقاعه لبعضها. ولو قال: إن شئت فأنت طالق ثم قال: لأخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا فلا، لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك: أي كلاهما مملوكان لي فأيهما

بخلاف الزمان لأن للطلاق تعلقاً به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعاً في مكان كان واقعاً في جميع الأمكنة فوجب اعتباره: أي اعتبار الزمان خصوصاً، كما لو قال أنت طالق غداً أو عموماً كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت. قال: **(وإن قال أنت طالق كيف شئت)** اختلف علماؤنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا، فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها إن لم يدخل بها، وإن دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك. ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيئاً أو لم ينو، فإن كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جرياً على التخيير. وإن كان الأول، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذاك، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً أو بالعكس وقعت واحدة رجعية، وقالا: لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإن شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لأنه فوّض التطليق إليها على أي صفة شاءت، لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقاً فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الأحوال، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت. ولأبي حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل، يقال كيف أصبحت: أي على أي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك، فكان التفويض في وصف الطلاق، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر. وههنا سؤال مشهور وهو أن المعقول أن لا يحتاج إلى نية الزوج، لأنه لما فوّض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات ما فوّض إليها اعتباراً بعامة التفويضات. وجوابه أنه فوّض إليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف: يعني العدد والبينونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما. وقد روى عن الطحاوي أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائناً أو ثلاثاً في قول أبي حنيفة. قال صاحب النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية: وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي. ولقائل أن يقول: لا مناسبة لهذا التفويض لعامه التفويضات إلا في كونه تفويضاً وذلك ليس بجامع لوجود الفارق، وهو أن المفوض ههنا متنوع دونها فيكون وجوب التعويل نظر. توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالأصل أصلاً فيكون منجزاً أصل الطلاق ومفوضاً لوصفه المتنوع. وتفويض وصف الشيء مبهماً قبل وجود الأصل ممتنع إلا أن في غير

قال المصنف: **(وهو خطاب في الحال)** أقول: احتراز عن إذا ومتى: يعني أن هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل.

besturdubooks.wordpress.com

هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال **(وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تطلق ثلاثاً إن شاءت)** لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز الجنس، كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو

نوى صدق. ولو قال: طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشائي لم تطلق أبداً لأنه جعل المشيئة والإباء شرطاً واحداً ولا يمكن اجتماعهما. ولو قال: إن شئت وإن لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت، ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضاً كما لو قال: إن دخلت أو لم تدخلي. أما لو أخر الطلاق فقال: إن شئت وإن لم تشائي فأنت طالق لا تطلق أبداً. ولو قال: أنت طالق إن شئت وإن أبيت، فإن شاءت يقع وإن أبت يقع، وإن سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع. وكذا إن شئت أو أبيت. وفي طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت: أبيت تطلق. ولو قال: إن لم تشائي طلاقك فأنت طالق فقالت: لا أشاء لا تطلق لأن لفظ أبيت لإيجاد الفعل الذي هو الإباء وقد وجد، وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا للإيجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها: لا أشاء لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف. ولو قال لها: طلقي نفسك وقال لها آخر: أعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الأمر من يدها، ولو كان الأمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها في الطلاق. وعنه لو قال لها: أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر، فإن شاءت الساعة وقعت عند الطهر. وعلى قياس قول أبي حنيفة: إن كانت حائضاً فلها المشيئة حين تطهر على إحدى الروايتين عنه فإنه ذكر في باب المشيئة في طلاق الأصل: لو قال: إن شئت فأنت طالق غداً فالمشيئة إليها للحال، بخلاف أنت طالق غداً إن شئت فإن المشيئة إليها في الغد، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: المشيئة إليها في الغد في الفصلين. وقال زفر: المشيئة للحال فيهما. وذكر في الأمالي الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس. وفي المنتقى برواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق غداً إن شئت أو أنت طالق إن شئت غداً لها المشيئة غداً، وقالا: إن قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال، وإن أخرها فلها المشيئة غداً. وفرّع على هذا لو قال: اختاري غداً إن شئت أو اختاري إن شئت غداً، أو أمرك بيدك غداً إن شئت أو أمرك بيدك إن شئت غداً فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة، وكذا إذا قال: طلقي نفسك غداً إن شئت أو طلقي نفسك إن شئت غداً أو إن شئت فطلقي نفسك غداً لم يكن لها أن تطلق نفسها إلا في الغد عنده، وقالا: إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غداً. والمذكور في «الكافي» و «شرح الصدر الشهيد»

المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة إلى مشيئتها، وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف العتاق)** يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه. وعندهما لا يعتق حتى يشاء وإنما قال في الكتاب قال: **(في الأصل هذا قول أبي حنيفة)** لأن ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين أن ما ذكره في الجامع الصغير إنما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الأصل **(وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت)** ذكر في أصل رواية الجامع الصغير: إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً ما لم تقم من مجلسها، فإن قيل: كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثاً؟ أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شاءت طلقت نفسها ثلاثاً مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة: يعني أنها تقدر على ذلك كقوله تعالى **﴿فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾** على أنه روي عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك مباح لها في التخيير. ووجه الاختصاص اضطرارها، فإن التفريق يخرج الأمر من يدها. وقوله: **(لأنهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أيّ عدد شاءت)** فإن قيل: هذا في «كم» مسلم، وأما في «ما» فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى **﴿ما دمت حياً﴾** فقد وقع الشك في تفويض العدد إليها فلا يثبت العدد بالشك. أجيب بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو أن هذا

besturdubooks.wordpress.com

طلق من نسائي من شاءت. ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما، وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة، حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف، والله تعالى أعلم بالصواب.

أنت غداً طالق إن شئت فقالت الساعة: شئت كان باطلاً، إنما لها المشيئة في الغد، بخلاف قوله: إن شئت فأنت طالق غداً فإن لها المشيئة في مجلسها لأن في الثاني علق بالمشيئة طلاقاً مضافاً إلى غد، ولو علق بالمشيئة طلاقاً منجزاً تعتبر المشيئة حالاً حتى لو قامت بطلت مشيئتها، فكذا إذا علق بها طلاقاً مضافاً. وفي الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد ثم جعل ذلك معلقاً بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن في الفصلين تراعي المشيئة في غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالاً. ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت. وعند أبي يوسف إن أخر قوله: إن شئت فكذلك وإن قدمه تعتبر المشيئة في الحال، فإن شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شاءت. ولو قامت من المجلس قبل أن تقول: شيئاً بطل. وقال «شمس الأئمة»: فيما قدمنا من أن إن شئت فأنت طالق إذا شئت هنا مشيئتان الأولى على المجلس والأخرى مطلقة إليها معلقة بالمؤقتة، فمتى شاءت بعد هذا طلقت، قال: وإن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها، ولا فرق بين أن يقول: إن شئت الساعة أو لم يذكر الساعة. ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد: شئت واحدة لا يقع شيء لأنه ما شاء الثلاث، وكذا لو قال: شئت أربعاً. ولو قال: أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت: شئت وقع الثلاث. ولو قال: اخرجي إن شئت ينوي به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها: طلقني وطلقني وطلقني فقال: الزوج طلقت فهي ثلاث. ولو قالت: طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق، فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فثلاث. ولو قالت لزوجها: تريد أن أطلق نفسي؟ فقال الزوج: نعم فقالت: طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض وقع وإن نوى الرد: يعني طلقي إن استطعت لا يقع.

تفويض بمعنى التمليك لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت، وفيه نظر لأن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح. والجواب أنه تمليك فيه معنى التعليق، والأول كالأصل فالترجيح به أولى. **(فإن قامت عن المجلس بطل الأمر)** لما ذكرنا أنه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس **(وإن ردت الأمر كان رداً لأن هذا أمر واحد)** إذ ليس فيه ما يدل على التكرار، قيل وهو احتراز عن كلما، وكل ما هو أمر واحد يقتضي جواباً واحداً ليكون الجواب مطابقاً للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي أن يكون في الحال، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مراداً. قيل وهو احتراز عن إذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فإذا ردت الأمر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار، وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة، وقالا: لها أن تطلق **(ثلاثاً لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من تكون للتمييز)** يعني للبيان كما في قوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحتمل المحتمل على المحكم ويجعل بياناً **(كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت. ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن)** من حيث أن يجعل المراد بعضاً عاماً، والثنتان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وبالنسبة إلى الثلاث بعض فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد لأنه ليس بعام. أجيب بأنه يتناوله دلالة، وإذا كان العمل بهما ممكناً لا يهمل أحدهما **(وفيما استشهد به ترك التبعيض)** بدليل خارجي **(وهو إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة)** فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم لما عرف وههنا كذلك **(حتى لو قال من شئت كان على الخلاف)** قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع شيء عند أبي حنيفة، لأن مذهبه أن المفوض إليها الواحدة إذا طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع، فكذا التي فوض إليها ثنتان إذا طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع وقد مر، والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

باب الأيمان في الطلاق

(وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يقع لقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح» ولنا أن هذا تصرف

باب الأيمان في الطلاق

اليمين في الأصل القوة. قال الشاعر:

إن المقادير بالأوقات نازلة ... ولا يمين على دفع المقادير

أي لا قوة، وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة إلى الأخرى، وسمي الحلف بالله يميناً لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه، ولا شك في إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعاً عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يميناً قوله: **(وإذا أضاف الخ)** استعملها في المفهوم اللغوي وإلا فالمثال لا يطابق لأنه تعليق لا إضافة قوله: **(وقال الشافعي: لا يقع)** ونقل عن عليّ وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد. وقال مالك: إن خص بلداً أو قبيلة أو صنفاً أو امرأة صح، وإن عمم مطلقاً لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح، وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى. أما لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي عليّ كظهر أمي فإنه يصير مظاهراً مع العموم لأن الحرمة ترتفع بالتفكير. وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص إلا أن صحته في العموم مطلق، يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط

باب الأيمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحاً وكناية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركباً من ذكر الطلاق، والشرط والمركب مؤخر عن المفرد. واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء، سمي يميناً مجازاً لما فيه من معنى السببية. إضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص، كما إذا قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق، أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوّجها فهي طالق، وهو قول عمر روى ذلك عنه في الظهار. وقال الشافعي: لا يصح وهو قول ابن عباس، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «لا طلاق قبل النكاح» روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه، فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً، فسئل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال «لا طلاق قبل النكاح» ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء، وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط إذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف

باب الأيمان في الطلاق

قوله: **(لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحاً إلخ)** أقول: وفي أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزاً قوله: **(عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل إلخ)** أقول: الباء في بما متعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد، ولك أن تمنع اتحاد المعنى فإن الثاني للإستعانة وللملابسة والأول للإلصاق قوله: **(واستدل على ذلك بقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح»)** روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال: إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً، فسئل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال «لا طلاق قبل النكاح» أقول: فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز، إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقاً منجزاً حتى يسألوا من رسول الله ﷺ. والحق أن ما في الكتاب إشارة إلى ما أخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة قال ﷺ «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل الملك» والجواب عن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل قال المصنف: **(ولنا أن هذا تصرف يمين)** أقول: إضافة بيانية: أي تصرف هو يمين قوله: **(وهو منقوض إلخ)** أقول: في توجيه النقض ما لا يخفى.

besturdubooks.wordpress.com

يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف، والحديث محمول على نفي التنجيز، والحمل مأثور عن السلف

أو بمعناه، وفي المعينة يشترط أن يكون بصريح الشرط، فلو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة: أعني أتزوجها، بل الصفة فيها لغو فكأنه قال: هذه طالق، بخلاف قوله: إن تزوجت هذه فإنه يصح، ولا بد من التصريح بالسبب. في المحيط: لو قال: كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق، وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك. ولو قال: نصف المرأة التي تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح. ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعذر جعله بدلاً أو شرطاً. وكذا لو اشترى عبداً على أنه حرّ لم يعتق. ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر. تمسك الشافعي بقوله ﷺ «لا طلاق قبل النكاح»[1] أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة، قال ﷺ «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل ملك»[2] وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه يرفعه «لا طلاق قبل النكاح»[3] انتهى، وفيه جويبر وهو ضعيف. وأخرج أبو داود والترمذي عنه ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»[4] قال الترمذي حسن، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب. وأخرج الدارقطني عن ابن عمر «أن النبي ﷺ سئل عن رجل قال: يوم أتزوّج فلانة فهي طالق ثلاثاً، قال: طلق ما لا يملك»[5] وأخرج أيضاً عن أبي ثعلبة الخشني قال «قال عم لي: اعمل لي عملاً حتى أزوجك ابنتي، فقلت: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثاً ثم بدا لي أن أتزوجها، فأتيت رسول الله ﷺ فسألته فقال لي: تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح، قال فتزوجتها فولدت لي سعداً وسعيداً»[6]. ولنا أن هذا تعليق لما

في الأصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط، وإذا كان متيقناً به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط، وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء، وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب أن الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج إلى اشتراطه في الحال، بخلاف صورة النقض فإنه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لأن الظاهر عدم ما يحدث فضلاً عن التيقن به، وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به. وقوله: (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لأنه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطاً في ذلك الوقت، ومجال الكلام في هذه

---

(١) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٨ من حديث المسور بن مخرمة قال البوصيري: هذا وإسناد حسن علي بن الحسين وهشام بن سعد مختلف فيهما. وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١١: حسن الإسناد.

(٢) هو المتقدم.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٤٩ من حديث علي قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعيف جويبر بن سعيد.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٢١٩٠، ٢١٩١، ٢١٩٢ والترمذي ١١٨١ وابن ماجه ٢٠٤٧ والطحاوي في مشكل الآثار ١/ ٢٨٠، ٢٨١ والدارقطني ٤/ ١٤، ١٥ والحاكم ٢/ ٣٠٥ والبيهقي ٧/ ٣١٨ والطيالسي ٢٢٦٥ وأحمد ٢/ ١٨٩، ١٩٠، ٧٠٢ من طرق كثيرة كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً.

قال الترمذي: حسن صحيح وهو أحسن شيء في هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم ا هـ باختصار.

قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١١: قال البيهقي في «الخلافيات»:

قال البخاري: أصح شيء فيه وأشهر حديث عمرو بن شعيب.

(٥) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٦ من حديث ابن عمر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣١: قال صاحب التنقيح: حديث باطل وأبو خالد الواسطي هو عمرو بن خالد وهو وضاع وقال أحمد، ويحيى: كذاب.

(٦) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٦ من حديث أبي ثعلبة الخشني.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٣: قال صاحب التنقيح: وهذا أيضاً باطل وعلي بن قرين كذبة يحيى بن معين، وغيره، وقال ابن عدي: يسرق الحديث، ويذهب أحمد كمذهبنا.

besturdubooks.wordpress.com

كالشعبي والزهري وغيرهما **(وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق)** وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فيصح يميناً أو إيقاعاً **(ولا**

يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والإبراء، وما ظن مانعاً من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو، وذلك لأن النكاح شرع سبباً لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سبباً لانقطاعها، بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب. أما الطلاق فمحظور، وإنما شرع للحاجة بتباين الأخلاق غلط لأن الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوّج، فإن النفس قد تدعو إلى تزوّجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجتها وغلبتها عليه فيؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاماً لها عن مواقع الضرر، فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع، بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر. والجواب عن الأحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الأخيرين فمحمول على نفي التنجيز لأنه هو الطلاق، أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقاً وذلك عند الشرط **(والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري)** قال عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال: في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال، فقال له معمر: أو ليس قد جاء «لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك»[1] قال: إنما ذلك أن يقول الرجل: امرأة فلان طالق وعبد فلان حر. وقول المصنف: **(وغيرهما)** تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصاً بعد قوله مأثور عن السلف يعطي أنه مأثور عن غيرهما أيضاً. أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والأسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوّجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوّجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا: هو كما قال. وفي لفظ: يجوز عليه ذلك. وقد نقل مذهبنا أيضاً عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين. وأما الحديثان الأخيران فلا شك في ضعفهما. قال «صاحب تنقيح التحقيق»: إنهما باطلان، ففي الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع، وقال: أحمد وابن معين كذاب، وفي الأخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره، وقال ابن عدي: يسرق الحديث، بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي، فما قيل: لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أو لا، كيف ومع عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه. فإن قيل: لا معنى لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهراً بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله، فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوّج تنجيزاً

المسئلة واسع وقد ذكرناه في الأنوار والتقرير. وقوله: **(والحديث)** يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز، فإن المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه أنهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقاً فقال «لا طلاق قبل النكاح» وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في أن تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز، وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو إثباته **(والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما)** كمكحول وسالم بن عبد الله **(وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط)** لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال. لا يقال: المحتاج إليه ثبوت الملك عند الشرط

قوله: **(وتحقيقه أنهم سألوا رسول الله ﷺ، إلى قوله: فقال «لا طلاق قبل النكاح»)** أقول: فيه بحث مرت الإشارة إليه.

---

(١) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

besturdubooks.wordpress.com

تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً

ويعدون ذلك طلاقاً إذا وجد النكاح فنفى ذلك ﷺ في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها. بقي لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقاً ليخرج عن تناول النص، بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار. والجواب أن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه، وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعاً. ومما يؤيد ذلك ما في موطإ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوّجها، فقال القاسم: إن رجلاً جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوّجها، فأمره عمر إن هو تزوّجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر. فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً والكل واحد. والخلاف فيه أيضاً وكذا في الإيلاء إذا قال: إن تزوّجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فمتى تزوّجها يصير مولياً. فإن قيل: هذا التعليق إنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال: إذا بلغت فزوجته طالق، وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك. قلنا: لا بد أولاً من بيان المراد بقولنا: هو طلاق أو ليس به إذ لا شك في أنه لفظ الطلاق، والمراد أنه ليس سبباً في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار. وحينئذ نقول: لا إشكال في أن كون الشيء سبباً شرعاً لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعاً: أعني أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سبباً للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فإن سببيته ليست إلا بإيجابه الحكم في محل حلوله ملزوماً للحكم فيحل حيث حل، ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن، بل إذا كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن، فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سبباً، بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال، غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقاً به، وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب. وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز، بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال، وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر: أعني منع نفسه من تزوّجها، وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفاً في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سبباً وهو يستدعي المحلية وهما معاً يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده. ثم رأينا الشرع صححه مكتفياً بظهور قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة: إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك، وبهذا حصل الجواب عن الأخير: أعني تطليقه في الأجنبية بغير الملك. ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة: إذا ولدت ولداً فهو حرّ حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة، فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطاً لصحة التعليق، ولعمري إن جلّ هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الألفاظ. وقوله: وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن لا يقع كقوله: أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفياً، ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية: أي تصرف هو يمين، وكذا هو في قوله: وهو قائم بالمتصرف، أي فلا حاجة إلى

والاستصحاب حجة دافعه لا مثبتة، لأن الاستصحاب لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه، قوله: **(فيصح يميناً)** يعني عندنا على ما مر **(أو إيقاعاً)** يعني عند الشافعي، فإن عنده كونه طلاقاً معلق لا التطليق فكان إيقاعاً في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه **(ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً)** للمحلوف عليه **(أو يضيفه إلى ملك)** لأن

besturdubooks.wordpress.com

فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند

اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في ذلك كاف. وقول مالك: إنه سد على نفسه باب النكاح. قلنا: فماذا يلزم إذ قد يكون علم مصلحة في ذلك ديناً لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه لجاج فيؤنسها، على أنه يتصور تزوّجه عندنا بأن يعقد له فضولي ويجيز هو بالفعل كسوق الواجب إليها أو الوطء. واعلم أن مقضتى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سبباً في الحال كالمعلق، لكنهم جعلوه سبباً في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان، ولا فرق إلا ظهور إرادة المضيف الإيقاع، بخلاف المعلق فإن قصده البر، فكأن هذا المعنى المعقول صارفاً للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع إن نحو أنت طالق غداً وإذا جاء غد واحد في قصد الإيقاع. وهم يجعلون إذا جاء غد تعليقاً غير سبب في الحال والآخر سبباً في الحال. وأما قولهم: إنه ينزل سبباً عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجيزاً فالمراد الإيقاع حكماً، ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق، ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته.

[فروع] في المنتقى: إن تزوّجت فلانة: فهي طالق وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجها منه طلقت لأنهما يمينان إحداهما على الأمر والأخرى على التزوّج. ولو قال: إن تزوّجت فلانة وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجها منه فتزوّجها بنفسه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا، بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الأمر حيث لا تنحل اليمين، وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحداً لا تطلق لأنه بعض الشرط، فإن أمر بعد ذلك رجلاً فقال: زوّجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط. ولو قال: إن تزوّجت فلانة أو أمرت إنساناً أن يزوّجنيها فهي طالق فأمر غيره فزوّجه تلك المرأة لم تطلق لأنه حنث بالأمر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده. وعن أبي يوسف: إذا قال: إن تزوّجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوّجها لا تطلق، قال في الكتاب لأنه حنث بالخطبة، فهذا يدل على أن اليمين منعقدة، وهو ردّ على من قال: اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما، وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فإنه نص على الحنث، حتى لو تزوّج قبل الأمر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوّجتك بألف فقبلت طلقت. وفي فوائد «شمس الأئمة الحلواني»: لو قال: إن تزوّجت فلانة فهي طالق إن تزوّجت فلانة فتزوّج فلانة لا تطلق، فإن طلقها ثم تزوّجها تطلق. ووجهه أنه اعتراض الشرط على الشرط كقوله: إن تزوّجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين. رجل له مطلقة فقال: إن تزوّجتها فحلال الله عليّ حرام فتزوجها تطلق. ولو قال لامرأته: إن تزوّجت عليك ما عشت فحلال الله عليّ حرام، ثم قال: إن تزوّجت عليك فالطلاق عليّ واجب ثم تزوّج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منها باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء، هذا في «النوازل». قال في المحيط: وفيه نظر، وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزويج وإنه لا يصح، بخلاف تعليق نفس الطلاق، وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما يصرف إلى أيتهما شاء، ولأن اليمين الأولى لما انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال: زن ويرا طلاق، ومن قال: ذلك وله امرأتان يقع على إحداهما انتهى وفي نظره نظر. أما قوله: وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية إلخ فبناء على أن التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح،

الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً أي غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الأمرين: أما أن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً (فليكون مخيفاً بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فإن الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لأجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء، والخوف إنما يكون إذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط، وأما أن ظهوره بأحد هذين الأمرين فلأنه إذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين: أعني الحمل أو المنع (والإضافة إلى سبب

besturdubooks.wordpress.com

سببه **(فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق)** لأن الحالف ليس بمالك ولا

وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف، وأن المختار وقوع الطلاق، والمذكور في النوازل بناء عليه. وأما قوله: وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما إلخ فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراقي لا بدليّ فيشمل الزوجتين معاً فقد حرمهما وزن ويرا طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته، وهو إنما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها، وإذا قال: كل امرأة أتزوّجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق، بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه قوله: **(فيصح يميناً أو إيقاعاً)** أي فيصح التعليق المذكور يميناً عندنا لأنه لا يعمل عندنا في الحال، أو إيقاعاً عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال قوله: **(ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملكه لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهر الوجود)** أي ظاهراً وجوده عند الفعل، وقوله وهو القوّة: أي على الامتناع هنا قوله: **(والظهور بأحد هذين)** لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي كذا لفظ ظاهر المذكور آنفاً، وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع. والحاصل أن قوله للأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله إيقاعاً لعدم المحل ولا يميناً لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملاً على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفاً لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط. لا يقال: لم لم يكن الأمر فيه موقوفاً على العاقبة، إن تزوّجها ظهر كونه يميناً وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما. لأن نقول: تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فإنه لم يقع مخيفاً فلم يقع يميناً فلا تتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر، ومعنى الإخافة هنا إخافة لزوم نصف المهر إن تزوّجها لأنه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوّج خوفاً من ذلك. وقد أورد على هذا قوله: إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حمل فيه ولا منع بإخافة. وأجيب بأن العبر للغالب لا للشاذ قوله: **(والإضافة إلى سبب الملك)** يعني التزوّج **(بمنزلة الإضافة إليه)** وقال بشر المريسي: لا يصح لأن الملك يثبت عقيب مسببه، فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي، بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه حينئذ يتقدم الملك. والجواب ما قال محمد: حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب، فتقدير قوله: إن تزوّجتك إن ملكتك بالتزوّج، لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا، إلا أن يجعل بيان وجه التجوّز بالسبب عن المسبب وهو بعيد إذ ليس هذا موضعه، بل هو في هذا القرّ من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه أنهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوّجها فدخلت لا تطلق من أنه لم لم يعتبر تمام الكلام مضمراً تصحيحاً، والتقدير إن تزوّجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به: ابن أبي ليلى لأن اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال في تصحيحه، وهذا ينافي ذلك الجواب. ويكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف، لكن لا يخفى ورود أن يقال إما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته، والأول تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى، وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي. والأولى أن يدفع ما قال: ابن أبي ليلى بأنه لا طريق إلى تحقيق تلك الإرادة لانتفاء الحقيقة وطريق

الملك) كقوله إن اشتريتك فأنت حر بمنزلة الإضافة إلى الملك كقوله إن ملكتك فأنت حر **(لأنه)** أي الجزاء **(ظاهر عند سببه)** يعني سبب الملك قوله: **(فإن قال لأجنبية)** تفريع على ما مهد من الأصل وهو ظاهر. واعترض بأنه لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يئول معناه إن تزوّجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الإلغاء. وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته، كذا قال عامة الشارحين، وفيه نظر لأن التعليق ليس بيمين حقيقة. ولئن كان فقد يقع فيما يكون محموداً شرعاً، كما إذا قال إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ فإن لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية.

sturdubooks.wordpress.com

أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا (وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لأن

المجاز، بخلاف ما نحن فيه، وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضاً، بل الأولى أن يقال: الإضافة إلى سبب الملك مراد بها الإضافة إلى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله.

[فروع] لو قال: إن تزوّجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لأنه علقه بالنكاح وذكر معه وقتاً لا يقدر على إيقاعه فيه فلغا ذكره الوقت وبقي التعليق. وقالا: لا يقع لأن المعلق كالملفوظ عند الشرط. ولو قال: وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا. ولو قال لوالديه: إن زوّجتماني امرأة فهي طالق ثلاثاً فزوّجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح لأن تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح. ولو قال رجل لأجنبية: ما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوّجها ثم تزوّج غيرها لا تطلق، أما إذا قال لها: إن تزوّجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوّج غيرها تطلق قوله: (وألفاظ الشرط إلخ) ومن جملتها لو ومن وأيّ وأيان وأين وأنى وجميعها تجزم إلا لو وإذا، وقيل: يجزم بها إذا زيد بعدها ما، والمشهور أنه إنما يجزم بإذا في الشعر وكذا بلو، قال:

* لو يشأ طار به ذو ميعة *

قوله: (لأن الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك، قال تعالى ﴿فقد جاء أشراطها﴾ [محمد: ١٨] أي علاماتها، وهذا لأن الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط قوله: (فتكون علامات) أي يكون وجود الأفعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء. فالحاصل أن معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء: أي تدل على ذلك بالذات، وإلا فكل من هذه ولفظ لو أيضاً كذلك في الجملة، فإنه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب، نحو لو جاء زيد لأكرمتك فيعرف أن ذلك الفعل إذا وجد استلزم وجود الجواب، لأن اللازم يثبت عند الملزوم، وعلى هذا فجميع الأدوات تفيد الوجود للوجود إلا أنّ لما لما كانت أدخل حيث وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا: حرف وجود لوجود، ولو وضعت لإفادة امتناع الملزم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع، ولم يذكرها المصنف لأن مقصوده ينافيه: أعني التعليق على ما على خطر الوجود لأنها أفادت تحقق عدمه

والصواب أن يقال: المقدر إما أن يكون محذوفاً أو مقتضى، وليس بمحذوف لأن المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر، والشرطان منتفيان، أما الأول فظاهر لأن التزوج أعلى رتبة من دخول الدار، وأما الثاني فلأن الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوّج والدخول، فما كان شرطاً صار بعضه وموضعه أصول الفقه قال: (وألفاظ الشرط) عبر بألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لأن عامتها أسماء، ولم يورد أحد حرفي الشرط وضعاً وهو لو قال في النهاية: لأن كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظاً، وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظاً ومعنى، فإنها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن، بخلاف كلمة لو، وهذا لا مدخل له في علم الفقه. والصواب أن يقال: قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع، وذلك إنما يكون في المستقبل، ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فأنى له مدخل في ذلك. قوله: (لأن الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح: الشرط بالتحريك العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، فعلى هذا

قوله: (وفيه نظر لأن التعليق، إلى قوله: والصواب أن يقال) أقول: فيه بحث.

قال المصنف: (لأن الشرط مشتق من العلامة) أقول: يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك، وقال الله تعالى ﴿قد جاء أشراطها﴾ أي علاماتها قوله: (فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول: فيه بحث، فإن ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية.

besturdubooks.wordpress.com

الشرط مشتق من العلامة، وهذه الألفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث، ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها، وكلمة كل ليست شرطاً حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بالأفعال إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو

فلا يحصل معنى اليمين، ولعدم حصوله لم تذكر لما، وإن كان لو قال: لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي. ويروي عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الأصلي ولا المشهور، ولذا قال: بعضهم لا يتعلق. وفي الحاوي في فروعنا: لو قال: أنت طالق أو تزوّجتك تطلق إذا تزوّجها، وقد ورد في قوله ﴿**وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية**﴾[النساء: الآية ٩]. فذهب بعض النحويين إلى تجويزه، وأكثر المحققين أنها ليست إلا للتعليق في الماضي. وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم، وكذا لعدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلاً وليست شرطاً لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي أضيف إليه.

[فروع] قال: أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع، وكذا في الإخبار بأن قال: طلقت بالأمس لولا كذا. واعلم أن موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق إلا بها إلا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في أنه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله. وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب. فإذا قال: إن دخلت الدار أنت طالق وقع للحال، فإن نوى تعليقه دين، وكذا إن نوى تقديمه. وعن أبي يوسف لا يتنجز حملاً لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله:

* من يفعل الحسنات الله يشكرها *

ودفع بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين. وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية. قال في «الدراية»: ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء، وفيه ضعف لأن واو الابتداء لا يستعمل إلا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد في بيت هو هذا:

طلبية وأسمية وبجامد ... وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه ليفهم فنظمتها في ثلاثة أبيات وهي هذه:

تعلم جواب الشرط حتم قرانه ... بفاء إذا ما فعله طلباً أتى

كذا جامداً أو مقسماً كان أو بقد ... ورب وسين أو بسوف أدر يا فتى

أو اسمية أو كان منفي ما وإن ... ولن من يحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بأن قال: أنت طالق فإن دخلت لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة، ويمكن أن يقال: يتعلق لأن الفاء حرف تعليق. وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها، وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول

يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة، لأن المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير، وهو أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم. قوله: (**وهذه الألفاظ مما تليها الأفعال**) يعني غير كلمة كل فإنه يذكر فيما يليها اسم، وفي كلامه لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية، وليس ذلك طريق معرفتها وإنما طريق ذلك السماع، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال، ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لأن مطلوبه أن هذه ألفاظ الشرط ودليله، لأن الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه، وهذه الألفاظ مما يليها الأفعال، وهذا أيضاً مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين، وهو ظاهر وكلامه واضح. وقوله: (**إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال**،

besturdubooks.wordpress.com

حر. قال رضي الله تعالى عنه: **(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين)** لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه **(إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال)** قال الله تعالى **﴿كلما نضجت جلودهم﴾** الآية، ومن ضرورة التعميم التكرار. قال: **(فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط**

اللفظ فلا يثبت إلا بالنية، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر له هنا. ولو قال: أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به، وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق. ولو قال: أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لأن ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوّجها طالق، أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب. ولو قال: أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور: لأنها للتعليل، ولا يشترط وجود العلة. وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي أنها بمعنى إذا استدلالاً بقوله تعالى **﴿يمنون عليك أن أسلموا﴾** [الحجرات: ١٧] وبقوله تعالى **﴿تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمٰن ولداً﴾** [مريم: ٩٠ ـ ٩١] وقول محمد: أولى إذ لا أصل لجعلها كإذا، وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما. ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت بكل حال لأن الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه، تقديره إن لم تدخلي وإن دخلت، وإن هذه هي الوصلية، ويقع في الحال بقوله: أنت طالق إذ دخلت وبقوله: ادخلي الدار، وأنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أدّ إلى ألفاً وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي قوله: **(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط)** وإذا تم وقع الحنث فلا يتصوّر الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس. وقال بعضهم في متى: إنها تفيد التكرار كقوله:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ... تجد خير نار عندها خير موقد

والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات بمعنى أنّ أي وقت تأتي تجد ذلك، ففي متى خرجت فأنت طالق، المفاد أن أيّ وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق، فإذا تحقق في وقت وقع، ثم لا يقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار، وإن مع لفظ أبداً مؤدي لفظ متى بانفراده، فإذا قال: إن تزوجت فلانة أبداً فهي طالق فتزوّجها فطلقت ثم تزوجها ثانياً لا تطلق، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي. ومن غرائب المسائل ما في الغاية: من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مراراً طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عمومه عرفاً مرة بعد أخرى، واستشهد له بقوله تعالى **﴿ومن قتله منكم متعمداً﴾** [المائدة: ٩٥] أفاد العموم، ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد، وبما ذكر محمد في السير الكبير: إذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما. واستشكل بأن العموم في الأول لعموم الصيد المحلي باللام، ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر. وعموم الثاني بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل. قيل: والأولى الاستشهاد بقوله تعالى **﴿وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا﴾** [الأنعام: ٦٨] الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت إذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط. والأوجه أن العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به. وفي المحيط وجوامع الفقه: لو

قال الله تعالى ﴿كلما نضجت جلودهم﴾ الآية، ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين: أحدهما أنه عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين، فإن من قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت، ولو تزوج أخرى طلقت كذلك، فكان الواجب أن يقول في الاستثناء إلا في كل وكلما. والثاني أنه قال ومن ضرورة التعميم التكرار، والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفاً ولا تكرار فيه، حتى لو تزوّج التي طلقت ثانياً لم يقع الجزاء. والجواب عن

besturdubooks.wordpress.com

لم يقع شيء) لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط. وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر)** لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوّج

قال: أيّ امرأة أتزوّجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة، بخلاف كل امرأة أتزوّجها حيث تعم بعموم الصفة، واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوّجها بعموم الصفة قوله: **(إلا في كلما فإنه يتكرر)** ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها: كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان. ولو قال: كلما وقع طلاقي عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث. والفرق أن الشرط في الثاني اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها، وفي الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه. ولا يقال طلقها: إذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان: إحداهما بحكم الإيقاع، والأخرى بحكم التعليق قوله: **(ومن ضرورة التعميم التكرار)** أورد في كل عموم ولا تكرار، فإنه لو قال: كل امرأة أتزوجها طالق فتزوّج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق، وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوّجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط. وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد قوله: **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة)** أبداً لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور، وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه. وعن أبي يوسف في «المنتقى»: إذا قال: كلما تزوّجت امرأة فهي طالق فتزوّج امرأة طلقت، فإن تزوّجها ثانياً لا تطلق إلا مرة واحدة. ولو قال ذلك لمعينة: كلما تزوجتك أو تزوّجت فلانة تكرر دائماً، واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوباً أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة. والحاصل أن كلما عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة. وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر. فإن قلت: بينهما فرق، فإن كلاً يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة، وكلما يقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة، فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء، وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الأول أو لا. قلنا: قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه، إذ المقصود أنه يثبت العموم في الأفعال

الأول أن شرطية هذه الألفاظ إنما هي باعتبار ما يليها من الأفعال لأن الخطر إنما يحصل باعتبار وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين، ولهذا لو تزوّجها ثانياً لم تطلق، وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشإ الشرط فلا يكون مناقصاً. وعن الثاني أن المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال، لأن الكلام فيه، والتعميم في الأفعال إنما يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار، فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي إلى الثلاث، فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها، وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتفى الجزاء ينتفي الكل، وفيه خلاف زفر وسيجيء **(ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر** لما ذكرنا أن **انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوّج)** وهو غير محصور. قال: **(وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها)** إذا قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء. والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق، والجزاء أيضاً باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف. فإن قيل: سلمنا أن محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود. فالجواب أن الكلام

قوله: **(إنما هي باعتبار ما يليها إلخ)** أقول: أي بالذات أو بواسطة اسم قوله: **(قد انتهت اليمين)** أقول: في كلمة كل أيضاً.

besturdubooks.wordpress.com

وذلك غير محصور. قال (**وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها**) لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين (**ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق**) لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (**وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين**) لوجود الشرط (**ولم يقع شيء**) لانعدام المحلية (**وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة**) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (**فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها**

والأسماء فصار الحاصل كل تزوّج لكل امرأة، وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهراً على ما قرروا في ركب القوم دوابهم و ﴿**جعلوا أصابعهم في آذانهم**﴾ [نوح: ٧] فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة، وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين. ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتفٍ لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيراً من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط. والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب قوله: (**وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها**) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوّجها فدخلت طلقت، وكذا إذا قال لعبده: إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال، ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث، أما إذا طلقها ثلاثاً فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي. ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب، هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافاً لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافاً لهما، حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافاً لهما. وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائباً مسلماً فتزوجها ثانياً لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينقص عندهما قوله: (**وإن اختلفا في جود الشرط فالقول قول الزوج، إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق**) وعلى هذا لو قال: إن لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت: لم أدخل وقال: دخلت فالقول له: وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول. ولو قال: إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت: لم يجامعني وقال: فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح. لو قال: بلغك الخبر فسكت وقالت: رددت القول قوله، خلافاً لزفر لهذا أيضاً فهذا أصل كلي، بخلاف ما لو قال. وهي في طهر خالٍ عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال: جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها: إن كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه، أما الأول فلأن المضاف سبب في الحال، وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض قوله: (**فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها**) عليه الأربعة رحمهم الله تعالى. وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بإدخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك. ودفع بأنها أمينة مأمورة بإظهار ما في رحمها بقوله تعالى ﴿**ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن**﴾ [البقرة: ٢٢٨] تحريم كتمانها أمر بالإظهار. وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر، وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطنة لا يوصل إلى علم

ليس في الوقوع وإنما هو في بقائه يميناً واليمين لا يحتاج إلى الملك ابتداء بدليل جواز إن تزوجتك فأنت طالق، ففي البقاء أولى إذ البقاء أسهل من الابتداء. ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط في الملك كما إذا تزوجها ثانية ثم وجد الشرط أو في غيره كما إذا وجد قبل التزوّج، فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت اليمين. أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به، وأما انحلال اليمين فلأن اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين، وإن كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية (**وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج**) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله: (**ولم تطلق فلانة**) ليس على ظاهره بل فيما إذا كذبها الزوج في قولها حضت، وأما إذا

besturdubooks.wordpress.com

في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان، والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول. وجه الإستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حرّ

ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به قوله: **(ولم تطلق فلانة)** هذا إذا كذبها، أما إذا صدقها طلقت فلانة أيضاً، وكذا في جميع نظائره قوله: **(كما قبل في حق العدة)** أي انقضائها، حتى لو طلقها طلاقاً رجعياً ثم لم يراجعها فقالت له: بعد مدة تحتمل صدقها: قد انقضت عدتي انقطع حق الرجعة، أو قالت: لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها **(والغشيان)** أي حل الوطء وحرمته، فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل، أو قالت للمطلق ثلاثاً: تزوجت بثانٍ وغشيني حلت له. لا يقال: إما أن تكون حاضت أو لا، فعلى الأول يقع عليهما، وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما. لأنا نقول: المنظور إليه في حقها شرعاً الإخبار به لأنها أمينة وفي حق ضرتها حقيقته، وشهادتها عل ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب، ولا بعد في أن يقبل قول الإنسان: في حق نفسه لا غيره، كأحد الورثة إذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباقون، والمشتري إذا أقرّ بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع، هذا وإنما يقبل قولها: إذا أخبرت بالحيض وهو قائم، أما بعد الانقطاع فلا لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط، بخلاف قوله: إن حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لا قبله ولا بعده، حتى لو قالت بعد مدة: حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها: ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه، ولا يقع إلا إذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع، وهذا لأنها جعلت أمينة شرعاً فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج. ولو قال لامرأتيه: إذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما، فإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة، وإن كن ثلاثاً فقال ذلك فقلن: حضنا لم تطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن، وكذا إن صدق إحداهن فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات. ولو كنّ أربعاً والمسئلة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن. وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين، وإن صدق ثلاثاً فقط طلقت المكذبة دون المصدقات. والأصل أن حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعاً، وإن حاض بعضهن يكون ذلك. بعد ما يثبت به الحكم فلا يثبت، وإن قلن: جميعاً حضنا لا يثبت حيض كل واحدة إلا في حق نفسها إلا أن يصدقها فيثبت في حق الكل، وإن صدق البعض وكذب البعض نظر، فإن كانت المكذبة واحدة طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها لأن قولها: مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لا يقبل قولها: في غيرها فلم يتم الشرط في الغير، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعاً

صدقها فإنه يقع. وقوله: **(كما قبل في حق العدة والغشيان)** أما قبولها في العدة فبأن تقول قد انقضت أو لم تنقض. وأما في الغشيان فيحتمل معنيين: أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني. والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها أنا طاهر أو حائض. وقوله: **(لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها)** وفيه بحث وهو أنها لا تخلو من الحيض وعدمه، والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه، لأنها إن كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعاً، وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما. فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجوداً ومعدوماً في حالة واحدة وهو محال. وأجيب بأن

besturdubooks.wordpress.com

فقالت أحبه، أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت: أحبك طلقت هي **(ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها)** لما قلنا، ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب، وفي حقها وإن تعلق

قوله: **(وكذلك إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله، إلى قوله: لما بينا)** يريد أنها أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها. قوله: **(ولا يتيقن بكذبها)** جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها، فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط. أجاب بمنع تيقنه، فإن الإنسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب. ولو قال: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق فقالت: أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب. وقال محمد: لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا إن صدقت لأن الأصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه، وتقييده بالأصل يبطل الخلقية. قلنا: بل عدم إمكان الوقوف على ما في قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقاً فاستوى التقييد وعدمه. وفي الظهيرية ما يدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها، وهو قال لامرأته: أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال: لست أحبه كاذباً فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى. واستشكل السرخسي هذا بأنه إن لم يعلم ما في قلبها فإنه يعلم ما في قلب نفسه، لكن الطريق ما قلنا إذ القلب متقلب لا يثبت على شيء، فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر، والأحكام إنما تناط بالأمور الظاهرة لا الخفية، كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين، ولا يخفى ما فيه بالنسبة إلى قلبه. واعلم أن التعليق بالمحبة إنما يفارق التعليق بالحيض في أنه يقتصر على المجلس لكونه تخييراً، حتى لو قامت وقالت: أحبك لا تطلق، وأنها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى، وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات، ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة.

[فرع] في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر: إذا قالت المرأة لزوجها شيئاً من السبّ نحو قرطبان وسفلة فقال: إن كنت كما قلت: فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت: أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته. وقال الإسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها: إن كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق، وإن قال: أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى. ونص بعضهم على أن فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط قوله: **(فكان حيضاً من الابتداء)** ويجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول: طلقت حين رأت الدم، وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقاً

الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين: الأمانة والشهادة، ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما، وليس ذلك ببدع في الشرع فإنه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره، وفيه نظر لأن الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم، بخلاف ما نحن فيه. والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض نفسه، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفي لا يطلع عليه، وإنما الكلام في الأمر الدال عليه وهو قولها حضت، وليس ثمة اختلاف في مقتضي وجوده وعدمه. وقوله: **(وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم)** وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها. وقوله: **(ولا يتيقن بكذبها)** جواب عما يقال إخبارها عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلاً. ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها

قوله: **(والآخر العدم)** أقول: عن محل وجود الحل مثلاً قوله: **(بخلاف ما نحن فيه)** أقول: فإنه يقتضي عدم الحيض عما وجد فيه في حق طلاق الضرة وعتاق العبد.

besturdubooks.wordpress.com

الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة، ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهي المحبة **(وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام)** لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضاً **(فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت)** لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء **(ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها)** لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها، ولهذا حمل عليه

فجنى العبد أو جني عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر، فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الأحرار، ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها قوله: **(ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر)** أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لا يكون الأول بدعياً لأنه إنما يقع في الطهر بخلاف الثاني، ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة ديناً في ذمتها، وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع قوله: **(لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة)** عن هذا لو قال: نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لأنه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافاً لزفر في قوله: تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف. قلنا: هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور، ولو كانت حائضاً لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض. وإذا قال لطاهرة: أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأن اليمين يقتضي شرطاً مستقبلاً وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه، وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي، بخلاف قوله: أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر، والمراد بحديث الاستبراء قوله ﷺ في سبايا أو طاس «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة»[1] وسنتكلم عليه في موضعه إن شاء الله تعالى قوله: **(بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار)** إذ لم يقل إذا صمت يوماً أو شهراً فيتعلق بما يتسمى صوماً في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده، وكذا إذا صمت في يوم أو شهر لأنه لم يشرط كماله، بخلاف ما إذا قدره بمعيار كإذا صمت يوماً فإنه لا يقع إلا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه. ونظير إذا صمت يوماً إذا صمت صوماً لا يقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين، وفي إذا صليت يقع بركعة قوله: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما الأول)** لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة، وتقرير المسئلة واضح من الكتاب. وما عن الشافعي من أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معاً. قيل: لا ينبغي أن لا يعوّل عليه لأنه مستحيل عادة، غير أنه إن تحقق ولادتهما معاً وقع الثلاث وتعتد بالأقراء. ولو ولدت غلاماً وجاريتين ولا يدري أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولاً أو ثانياً تطلق ثلاثاً واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لا تنقضي ما بقي في البطن ولد، وإن كان آخراً يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية

لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعاً به. وقوله: **(وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها)** ظاهر. وقوله: **(إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق)** والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر، ومن الفرق أنه لو قال إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حراً من حين رأت الدم حتى كان الأكساب له وكان الطلاق بدعياً. وقوله إذا قال إذا حضت

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢٢١٠ والحاكم ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٥/ ٣٢٩ وأحمد ٣/ ٢٨، ٦٢، ٨٧ كلهم من حديث أبي سعيد.
وقال الحاكم: صحيح شرط مسلم.
أخرجه الترمذي ١٥٦٤ من حديث أم حبيبة بنت العرباض بلفظ «نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن» والطيالسي ١٦٧٩ من حديث جابر بلفظ «نهى أن توطأ النساء الحبالى من السبي» وله طرق فالحديث قوي.

besturdubooks.wordpress.com

في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر **(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم)** لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل)** لأنها لو ولدت الغلام أوّلاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة، ولو ولدت الجارية أوّلاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرناه أنه حال انقضاء العدة، فإذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال،

شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى، ولا يقع بالغلام شيء لأنه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأفضل قضاء وبالأكثر تنزهاً. ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث، لأنه إذا كان الغلامان أوّلا وقعت واحدة بأولهما، ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة، وإن كانت الجارية أولا أو وسطاً وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة. ولو قال: إن كان حملك غلاماً فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله، فما لم يكن الكل جارية أو غلاماً لا يقع كما في قوله: إن كان ما في بطنك غلاماً والباقي بحاله كقوله: إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقاً فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق. ولو قال: إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث. وفي الجامع: لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، فإن كان الذي تلدينه غلاماً فطالق ثنتين فولدت غلاماً يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد وهو قول: مالك والشافعي قوله: **(وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف)** حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلاً متعلقاً بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا. وقال زفر رحمه الله: عند كل منهما. وقياسه فيما إذا كان فعلاً قائماً باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق إلا أن يجيء كل منهما، وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة إذا حضتما فأنتما طالقان، وجعله في شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه، ولا يستلزم تعدده تعدده، فإنها لو كلمتهما معاً وقع الطلاق لوجود الشرط، وغايته تعدد بالقوة. وجه قول زفر: اعتبار الأولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده إذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما **(ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم)** وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية: قيام الملك في الحال، وكون الشرط الملك ليصير الجزاء في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظراً إلى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني، فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل، فإذا تمت لا يحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة، وإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده، وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب. وأما الشرطان فتحققهما

حيضة كان الطلاق سنياً لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت. وقوله: **(في حديث الاستبراء)** يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة» أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها

قوله: (ولنا صحة الكلام: أي صحة هذا الكلام، إلى قوله: ولا يحتاج إلى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق إلخ) أقول: تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل قوله: (وحالة تمام الشرط) أقول: معطوف على قوله حالة التعليق.

besturdubooks.wordpress.com

والأولى أن يؤخذ بالثنتين تنزهاً واحتياطاً، والعدة منقضية بيقين لما بينا (**وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوّجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة الأولى**) وقال زفر رحمه الله: لا يقع، وهذه على وجوه: (**أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر، أو وجدا في غير الملك فلا يقع، أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع**) أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية. له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد. ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم، إلا أن

حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره، أما الثاني فكقوله: إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط. وصورته في الجامع، قال: كل امرأة أتزوّجها إن كلمت فلاناً فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوّجها طالق واستغنى عن اللفاء بتقديم الجزاء، فالكلام شرط الانعقاد والتزوّج شرط الانحلال، وأصله قوله تعالى **﴿ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم﴾**[هود: ٣٤] المعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم، وقوله تعالى **﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبيّ إن أراد النبي أن يستنكحها﴾**[الأحزاب: ٥٠] فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي إن أراد النبي؛ فالمعنى: إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها. قيل ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالقبول، فالمعنى: إن وهبت مؤمنة نفسها للنبي فإن أراد النبي: أي قبل أحللناها. ووجه المسئلة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطاً واحداً لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي إمام الحرمين من الشافعية، لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل، والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء للأول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله: إن أكلت مقدماً من تأخير لأنه من حيز الجواب المتأخر، والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق، وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق. وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف، من لزوم إضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب. وفي التجريد: لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول، فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلاناً وهي في العدة طلقت انتهى. وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده، وعلى هذا إذا قال: إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أوّلاً ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعيد وفي الوعد السؤال، فكأنه قال: إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى، ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا، فإن كان بإن تطلق لوجودهما كيف كان لأن المعروف في ذلك إذ إلا إن، وأما الأول فإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أوّلاً يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لأن قوله: أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء، والشرط الثاني لا جزاء له، فإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه: أي تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة، فلذا لو قدما معاً لم يقع إلا طلاق واحد، وكذا إذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال: إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع، ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثاني، وإن أخر الجزاء

عشرة أيام، وبالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة. وقوله: (**وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً**) ظاهر مما تقدم. وإذا قال إذا صمت صوماً فحكمه كذلك (**بخلاف ما إذا قال إذا صمت**) فإنها إذا صامت ساعة مقرونة بالنية

besturdubooks.wordpress.com

الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك، وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة **(وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجت زوجاً آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: هي طالق ما بقي من الطلاق)** وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه. وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث. وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه ما بقي، وسنبين

فقال: إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لأنه عطف شرطاً محضاً على شرط لا حكم له، ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطاً واحداً فلا يقع إلا بوجودهما. لأنه لو وقع بأولهما صار عطفاً على اليمين كالأول لا على الشرط فقط، فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين، وفيه تغليظ على نفسه، فأما إذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطاً واحداً كما في مسئلة الكتاب، إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى إضماراً كلمة الشرط، كذا في شرح الزيادات.

[تنبيه] يشترط في صحة الشرط الاتصال كالاستثناء، وعروض اللغة بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق. وفي الجامع: لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحساناً. وقال الكرخي: ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله: حر وحر إن شاء الله تعالى على قوله. والجواب أنه تأكيد، بخلاف وحرّ لأن التأكيد بلفظه لا يكون بالواو، فإنما يشاكله حرّ حرّ إن شاء الله ولا يعتق فيه. وأجمعوا أن السكوت والعطف لا يمنعان العطف ما دام في المجلس، كذا في «الذخيرة» لأن العطف غير مغير بل مقرر، بخلاف الشرط والاستثناء، وإذا تعقب الشرط أجزية ليست أيماناً تامة ذكرناه من قريب قيد الكل. وإذا قال: أنت طالق وعبده حر إن كلمت فلاناً يتعلق كل منهما به، وعن هذا إذا قال: أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثاً وأربعاً إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث قوله: **(وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً وطلقها ثنتين إلخ)** فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث. أما عند محمد فلأن الباقي واحدة بها يكمل الثلاث. وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية، وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوّجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط؛ فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة، وعندهما لا إذ يملك بعد الوقوع ثنتين قوله: (وسنبينه بعد) ونحن نبينه هناك إن شاء الله تعالى **(ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك)** لما قدمنا أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة، والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوّج بغيره، والظاهر عند التزوّج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مراداً لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم: أعني إرادة اليمين. وأيضاً بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له، وإنما تحدث مُحليتها بعد الثاني فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام، وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت حماماً أو

وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب. قال: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة)** هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه: إن علم أن الغلام ولدته أوّلاً طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً طلقت ثنتين، وإن اختلفا فالقول للزوج لإنكاره الزيادة، وإن لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لأنها ثابتة بيقين وفي الثانية شك، وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان، حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجاً غيره لاحتمال أنها مطلقة ثلاثاً، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرّمة عليه. وقوله: **(والعدة منقضية بيقين لما بينا)** يريد قوله لأنها لو ولدت الغلام أولاً الخ. وحاصله أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل. وقوله: **(إن**

besturdubooks.wordpress.com

من بعد إن شاء الله تعالى (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ، وقد بقي حتى وقوعها فتبقى اليمين. ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل

بستاناً لا يقع اليمين فهذا كذلك، بخلاف قوله لعبده: إن دخلت فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محليته بالرق ولم تزل بالبيع، وبخلاف ما إذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوّجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق، خلافاً لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لأنه وإن كان استفاد حلاً جديداً بملك جديد يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه. وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر: لقولهم: المعلق طلقات هذا الملك، والفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال: أنت طالق ثلاثاً فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها. والجواب أن هذه مشروطة. والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها، فإذا زال بقي المعلق ثلاثاً مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلاً للطلاق، فإذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثاً مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها، وهذا ثابت في تنجيزه الثنتين فيقع والله أعلم. وبخلاف ما لو قال إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهراً لأن الظهار تحريم الفعل لا الحل الأصلي، إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح، أما الطلاق فتحريم الحل، وقد فات بتنجيز الطلقات قوله: (ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر: أي العقر بهذا اللبث، بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عليه عقر لها. وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه، بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد: أي فيه شبهة أنه جماع واحد، وقد كان أوله

الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم، وعندهما لا لتحققه (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ) إذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله: (وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانياً بعد تزوّجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فإذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال، وإنما قلنا إن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة، إذ الظاهر عدم ما يحدث، وكل ما كان مانعاً عن وجود الشرط أو حاملاً عليه فهو الجزاء لأن اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك، وإذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه. واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق لأنه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضاً سماوياً. وأجيب بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر، وفيه نظر لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً، وإنما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها. والصواب أن يقال: الشرط في مثل ذلك هو إخبارها عن ذلك

قوله: (وكل ما كان مانعاً عن وجود الشرط إلخ) أقول: فيه سوء ترتيب قوله: (وفيه نظر) أقول: وفي نظره نظر، فإن عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضاً إذ لا يحلف بأمثالها في الأغلب فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

للمحلية فلا تبقى اليمين، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله **(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر، وإن أخرجه ثم أدخله ثم أدخله وجب عليه المهر)** وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة **(وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد)** وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما، ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله لوجود المساس، ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالإجماع لوجود الجماع، والله تعالى أعلم بالصواب.

غير موجب للحد فلا يكون آخره موجباً له، وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد. وإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر، ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعياً باللباث عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس. ولمحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجب سبب مستأنف للرجعة، بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعاً بالإجماع. وعن محمد: لو أن رجلاً زنى بإمرأة ثم تزوجها في تلك الحالة، فإن لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم.

والحمل والمنع فيه متصور. وقوله: **(بخلاف ما إذا أبانها)** يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة عند أبي يوسف وهي مسئلة الهدم، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلاً لليمين، وبينها وبين مسئلة الظهار فإن هذه المرأة لو كان قال لها زوجها إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي فطلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخر كان مظاهراً منها إن دخلت الدار. وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلاً للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة، حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين، وعن الثاني بأن محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق، فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التفكير وهذه بوجود الزوج الثاني إلا أنها إن دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرّمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وإنما يوجد بعد التزوج بها، فإذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار وقوله: **(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً)** ظاهر. وقوله: **(في الفصل الأول)** يعني إذا لم يخرجه. وقوله: **(وجود الجماع بالدوام عليه)** معناه أنه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي. وقوله: **(ولا دوام للإدخال)** معناه أن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام، والجماع هو الإدخال ولا دوام له. وقوله: **(وجب العقر)** قال في ديوان الأدب: العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل، وبه فسر الإمام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير. وقوله: **(لوجود المساس)** إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف، وأما دوام المساس فهو موجود بالإجماع، وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعاً في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في الاستثناء

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً لم يقع الطلاق) لقوله ﷺ: «من حلف بطلاق أو

فصل في الاستثناء

وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر، وهذا يشمل المتصل والمنقطع حداً أسماء لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحاً على أنه متواطىء، وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره، يراد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيد بغيره من المنقطع. والأوجه كون الخلاف في أن إلا حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط، وفيه من غير الجنس أيضاً بالتواطؤ والاشتراك اللفظي فإنه أفيد، بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه، وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجبه، إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض، وقدم مسألة إن شاء الله لمشابهتها الشرط في منع الكل، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعة لأنه منع لا إلى غاية، والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده: أكرم بني تميم إن دخلوا، ولذا لم يورده في بحث التعليقات، ولفظ الاستثناء اسم توقيفي، قال تعالى ﴿ولا يستثنون﴾ [القلم: ١٨] أي لم يقولوا: إن شاء الله وللمشاركة فبالاسم أيضاً اتجه ذكره في فصل الاستثناء، وإنما يثبت حكمه في صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهي. لو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه. ولو قال: بع عبدي هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه. قيل لأن الإيجاب يقع ملزماً فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء، وذكره ليس إلا ذلك، والأمر لا يقع ملزماً لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته. وعن «الحلواني»: كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع، بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال: نويت صوم غداً إن شاء الله له أداؤه بتلك النية، وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه؟ يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة قوله: **(وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ)** وكذا إذا قال: إن لم يشأ الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئه لم يقع إذا كان متصلاً فلا يفتقر إلى النية، حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع. وحكي عندنا فيه خلاف قال: خلف يقع، وقال أسد لا يقع، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقاً، وقال: رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع، فقلت لم؟ قال: أرأيت لو قال: أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع؟ قلت لا، قال: كذا هذا، وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا، وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري أن السكوت رضا يمضي به العقد عليها. وفي خارج المذهب خلاف في النية. قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام، وقيل: قبل فراغه، وقيل: ولو بعد فراغه، وقيل: ولو

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا، وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغني، ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء. ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقاً صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام، أو باعتبار أن الله تعالى سمى ذلك استثناء قال: ﴿ولا يستثنون﴾ واختلفوا في أن قوله إن شاء الله بعد ذكر الجمل للإبطال أو للتعليق، فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثاني، وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال: لأن الاستثناء

فصل في الاستثناء

قوله: **(أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام)** أقول: منعاً لا إلى غاية، بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية.

besturdubooks.wordpress.com

عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به فلا حنث عليه». ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقاً من هذا الوجه وإنه إعدام

بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به. واعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولاً اسمياً فمقتضاه أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً، ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله: أنت طالق كيف شاء الله، ويحتمل كونها حرفياً: أي مدة مشيئة الله فلا تطلق، فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر، وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة، لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولاً اسمياً، ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوي استعماليها، وأخبر أنه أراد الظرف، أما إذا لم يكن نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لايحتاج إلى نية، أما لو قال: إن شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده، وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم، ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه، كذا في «شرح الجامع»، وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال: طالق بمشيئة الله وإرادته ومحبته ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق، إذ الباء للإلصاق، والكائن في التعليق إلصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكاً، وإن قال: بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه إليه تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفاً، وإن قال: بحرف اللام يقع في الوجوه كلها، سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه للإيقاع كقوله: طالق لدخولك الدار، وإن قال: بحرف «في» إن أضافه إليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله: طالق في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقاً بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع، ولأنه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقاً بأمر موجود فيكون تنجيزاً، ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير، وقد يقدر شيئاً وقد لا يقدره، حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في «الكافي». والأوجه أن يراد العلم على مفهومه، وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقاً، وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع، لأن معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى: أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه. يقال للفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال. وفيه أيضاً: وإن أضاف إلى العبد بفي كان تمليكاً في الأربع الأول وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقاً في الستة الأواخر، ولا يخفى أن ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله: في إرادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع، بخلاف توجيهنا. ولو قال: طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشأ الله لم يقع شيء لأن الأول لحقه الاستثناء فبطل، والثاني باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله، ولو قال: طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان، لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل، والمسئلتان مذكورتان في النوازل. وقال في المنتقى: لو قال: طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثاً فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثاً ووجهة ما بيناه. وقال: لو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو إلى الموت، فإن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثاً بلا فصل، وقد ظن أنه مخالف مسئلة النوازل. والجواب أن المسئلة المنتقى تعليق

بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق، وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق) لقوله عليه الصلاة والسلام «من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به لا حنث عليه» (ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرف الشرط صريحاً دون حقيقته، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر

قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداماً من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط **(ولو**

الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت، إذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لأوقعهما الزوج. وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله فلا يقعان أبداً قوله: **(لقوله ﷺ «من حلف بطلاق»**[1] **إلخ)** غريب بهذا اللفظ، ومعناه مروى. أخرج أصحابه السنن الأربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى» لفظ النسائي، ولفظ الترمذي «فلا حنث عليه»[2] وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي: حديث حسن غريب. وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفاً، وعن سالم عن ابن عمر موقوفاً، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني. وقال إسماعيل بن إبراهيم: كان أيوب أحياناً يرفعه وأحياناً لا يرفعه ا هـ. وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع. واعلم أن مالكا رحمه الله يقول: بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله. والاستدلال بالحديث المورد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق إن شاء الله، وسنبين إن شاء الله ذلك في كتاب الأيمان. وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن إسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر إن شاء الله تعالى أو على المشي إلى بيت الله فلا شيء عليه»[3] وهو معلول بإسحاق، هذا نقل تضعيفه عن الدار قطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما. وأخرج الدار قطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من طلق واستثنى فله ثنياه»[4] ضعفه عبد الحق بحميد، وتعدد طرق الضعف عندنا وإن كان يخرجه إلى الحسن إذا لم يكن ضعفه

وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفائها كذلك، وما هو كذلك فهو تعليق **(فيكون تعليقاً من هذا الوجه)** يعني من حيث الصورة **(والتعليق إعدام)** أي إعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلاً **(فيكون إعداماً من**

قوله: **(ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً)** أقول: فيه تأمل إلا أن يكون الكلام مبيناً على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة قوله: **(وما هو كذلك)** أقول: أي الذي أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف: **(فيكون إعداماً من الأصل)** أقول: قال ابن الهمام يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمها الله، وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اهـ. وفيه بحث، فإن أبا يوسف استدل بهذا أيضاً على مذهبه كما سيجيء في كتاب الإقرار.

---

(١) غريب جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٤: غريب بهذا اللفظ ا هـ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٢ أجده.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢٦١، ٣٢٦٢ والترمذي ٢٥٣١ والنسائي ٧/ ٣٠، ٣١ وابن ماجه ٢١٠٥ والدارمي ٢/ ١٨٥ وابن حبان ٤٣٤٠ وأحمد ٢/ ٦، ١٠، ٤٨، ٦٨، ٢٦، ١٢٧ و ١٥٣ والبيهقي ١٠/ ٤٦ كلهم من حديث ابن عمر.

قال الترمذي: حديث حسن، وقد رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع ابن عمر موقوفاً، وهكذا روي عن سالم عن ابن عمر موقوفاً، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني. وورد من طريق آخر أخرجه النسائي ٧/ ٢٥ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وابن حبان ٤٣٤٠ كلهم من طريق نافع عن ابن عمر لكن الراوي عن نافع كثير بن فرقد هذا عند النسائي والحاكم وعلى هذا فقد توبع أيوب على رفعه وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، واحتج به ابن حبان على متابعة أيوب السختياني حيث قال: باب ذكر الخبر المدحض قول من زعم أن هذا الخبر تفرد به أيوب السختياني.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ١/ ٣٣٨ من حديث ابن عباس.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٣٥: هو معلول بإسحاق الكعبي ونقل الذهبي تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان واهـ.

وقال ابن عدي في ترجمة الكعبي: حدث عن جماعة من الثقات مناكير، ثم ذكر له حديثين هذا أحدهما وقال: هذان الحديثان بإسناديهما منكران ليس يرويهما إلا إسحاق هذا.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٣٥ والبيهقي ٧/ ٣٦١ كلاهما من حديث معاذ بن جبل.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٣٥: وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة الدارقطني، وقال: في إسناده حميد بن مالك وهو ضعيف، وقال البيهقي: هو حديث ضعيف ومكحول عن معاذ منقطع، وقال ابن الجوزي في «التحقيق»: مكحول لم يلق معاذ وابن عياش وحميد، ومكحول كلهم ضعفاء. وقال في «التنقيح»: الحمل فيه على حميد تكلم فيه أبو زرعة وأبو حاتم وابن عدي والأزدي.

سكت ثبت حكم الأول) فيكون الاستثناء أو ذكر بعده رجوعاً عن الأول. قال رضي الله تعالى عنه: (وكذا إذا ماتت

بالوضع، لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي قوله: (ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعاً أو منتفية قطعاً فلا تردد في حكمها، وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقاً من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (وإنه إعدام) أي التعليق إعدام العلية قبل وجود الشرط قوله: (والشرط لا يعلم هنا فيكون إعداماً من الأصل) يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى ﴿حتى يلج الجمل في سمّ الخِياطِ﴾ [الأعراف: ٤٠] وقال:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى، وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه. وثمرته تظهر فيما إذا قدم الشرط فقال: إن شاء الله أنت طالق علىٰ التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال. وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا، وهو غلط فاجتنبه، بخلاف قوله: إن شاء الله فأنت طالق، وفيما إذا جمع بين يمينين فقال: أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حرّ إن كلمت زيداً إن شاء الله، فعلى التعليق يعود إلى الجملة الثانية، فلو كلمت زيداً لا يقع، ولو دخلت الدار يقع، وعلى الإبطال إلى الكل لعدم الأولوية بالإبطال، فلو كلمت زيداً أو دخلت الدار لا يقع، ولو أدخله في الإيقاعين فقال: أنت طالق وعبدي حرّ إن شاء الله ينصرف إلى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالإجماع، أما عندهما فلما قلنا من عدم الأولوية بالإبطال. وأما عند أبي يوسف فلأنه كالشرط والشرط إذا دخل على إيقاعين يتعلقان به، وفيما إذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله: حنث على التعليق لا الإبطال. وفي فتاوى قاضيخان: الفتوى على قول أبي يوسف: إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل أن الفتوى على أنه إبطال قوله: (ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول) أي إذا سكت كثيراً بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وإن كان له منه بدّ، بخلاف ما لو سكت قدر ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثاً في قوله: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله عند أبي حنيفة خلافاً لهما، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله: طالق واحدة إن شاء الله وهو يقول قوله: وثلاثاً لغو فيقع فاصلاً فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثاً، وعلى هذا الخلاف عبده حرّ وحرّ إن شاء الله. ولو قال: حرّ حرّ بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلاً بلا خلاف لظهور التأكيد. وقياسه إذا كرر ثلاثاً بلا واو أن يكون مثله. ولو قال: عبده حرّ وعتيق إن شاء الله صح فلا يعتق، بخلاف حرّ وحر لأن العطف التفسيري إنما يكون بغير لفظ الأول فلا يصح، وحرّ لقوله: حر تفسيراً فكان فاصلاً بخلاف حر وعتيق، ومثل ثلاثاً وثلاثاً لو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة. وعندهما يصح الاستثناء كقوله: طالق أربعاً إن شاء الله. ولو قال: طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله صح الاستثناء اتفاقاً لأنه ليس لغواً لأنه يثبت به تكميل الأول. ولو قال: ثلاثاً بوائن أو البتة لا يصح الاستثناء في الظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو. وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل، فإنه ذكر في النوازل: لو قال: والله لا أكلم فلاناً أستغفر الله إن شاء الله هو مستثن ديانة لا قضاء. وفي الفتاوى: لو أراد أن يحلف رجلاً ويخاف أن يستثني في السرّ يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولاً سبحان الله أو غيره من الكلام. والأوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر، ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال: إن شاء الله أو أراد أن يقول: فسدّ إنسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلاً برفعه صح. وعن هشام: سألت محمداً عمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وهو يريد أن يستثني فأمسكت فاه قال:

الأصل) فكان إبطالاً للكلام (ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الأول) فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول. وقوله: (فيكون الاستثناء) يعني على قول

besturdubooks.wordpress.com

قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابياً والموت ينافي الموجب دون المبطل،

يلزمه الطلاق قضاء وديانة: يعني إذا لم يستثن بعد التخلية، ولا يكتفي بذلك الفصل، واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الأربعة. وعن ابن عباس جوازه إلى سنة. وعنه أبداً. وقال سعيد بن جبير إلى أربعة أشهر، وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول الأوزاعي: استدلالاً بحديث سليمان عليه السلام «لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاماً فقال له صاحبه: يعني الملك، قل إن شاء الله، فنسي إلى آخره، فقال رسول الله ﷺ: لو قالها لقاتلوا جميعاً»[١] قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه، وقوله ﷺ «لو قالها»: يعني متصلاً. واستدل المطلقون بظواهر: منها أنه ﷺ قال في مكة «لا يختلي خلاها» الحديث، فقال له العباس رضي الله عنه: «إلا الإذخر، فسكت ثم قال: إلا الإذخر» ومنها أنه قال في أسرى بدر: «لا يفلت أحد منهم إلا بفداء أو ضربة عنق، فقال ابن مسعود: إلا سهيل ابن البيضاء، فقال: إلا سهيل ابن البيضاء»[٣] وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بإلا وهي تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها، وليس بلازم لأن المقصود الرفع بنفس لفظ القائل إيذاناً بأنه وافق الشرع المتجدد، وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الأولى مدلول عليه بها كأنه قال: لا يختلي خلاها إلا الإذخر. ومنها ما رواه أبو داود فإن رسول الله ﷺ قال «والله لأغزون قريشاً والله لأغزوّن قريشاً، ثم سكت ثم قال: إن شاء الله ثم لم يغزهم»[٤] ويجاب بأن كونه لم يغزهم لا يدل على أنه لم يكفر ولم يحنث، وهو أن رسول الله ﷺ قد حلف أنه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيراً منها إلا أتى التي هي خير وكفر عنها. فحين رأى أن عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه. ومنها إطلاق قوله ﷺ في الحديث السابق «فلا حنث عليه»[٥] والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملي، لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه. فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال: بالفاء الدالة على الوصل والتعقب بلا مهلة «من حلف على يمين فقال إن شاء الله»[٦] ثم يوجبه أيضاً اللوازم المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق

محمد (أو ذكر الشرط) يعني على قول أبي يوسف. وقوله: (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجاباً، وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم. فإن قيل: الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلاً لعدم المحل، وإذا بطل الاستثناء صح

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٢٠ ومسلم ١٦٥٤ وابن حبان ٤٣٣٨ كلهم من حديث أبي هريرة. وعجزه عند ابن حبان «لو قال: إن شاء الله لم يحنث وكان أدرك حاجته».

(٢) تقدم في أواخر الحج في خبر تحريم مكة الطويل.

(٣) خبر سهيل ابن بيضاء ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب وهو في حاشية الإصابة ٢/ ٩٣ وقال ابن عبد البر: هو سهل ابن بيضاء أسلم بمكة وأخفى إسلامه فخرج مع قريش فأسر ببدر ثم ذكر ابن عبد البر قصة وفيها أن ابن مسعود شهد له بالإسلام فخلّى رسول الله ﷺ سبيله ومما ذكره ابن عبد البر أنه أحد الذين قاموا بنقض الصحيفة التي كتبتها قريش اهـ. ونقله ابن حجر في الإصابة ٣٥٢٠.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٨٥ والبيهقي ١٠/ ٤٨ كلاهما عن عكرمة مرسلاً دون لفظ «إن شاء الله» ثم أخرجه أبو داود ٣٢٨٦ والبيهقي ١٠/ ٤٧ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ١٨٢ كلهم عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ. وكذا ابن حبان ٤٣٤٣.
قال أبو داود عقب الرواية الأولى: وقد أسند هذا الحديث غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٣: رواه أبو يعلى الموصلي لكن ذكر ابن حبان في الضعفاء هذا الحديث، وقال: رواه شريك ومسعر، فأسنداه مرة، وأرسلاه أخرى. وكذا صحح إرساله ابن القطان اهـ.
قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح. اهـ.
فهذا الحديث رواه غير واحد موصولاً، وقد ذكر ذلك أبو داود فهذا بمجموع طريقيه المرسل والمتصل يصير حسناً.

(٥) تقدم قبل خمسة أحاديث

(٦) تقدم تخريجه قبل خمسة أحاديث.

besturdubooks.wordpress.com

بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء **(وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقت واحدة)** والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح، ومعناه أنه تكلم

ولا إقرار بمال ولا مالاً يحصى من اللوازم الباطلة، وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل، فقال له ما معناه: إن مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المحالفين لك من الخروج عليك، وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عندك. ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه إذا قال: متصلاً بقوله: طالق أو حرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق. وقال مالك وأحمد: في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لأنه علقهما بشرط محقق، لأنه لو لم يشأ الله كلاً من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به، ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره، وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما، وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال. والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى. والجواب عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى، ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى، وقوله: فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه، إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل قوله: **(فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط إلخ)** إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء، وعلى قول أبي يوسف: تعليق على أحد وجهي النقل عنهما، وقريب من الاستثناء لو قال: إن دخلت فلله عليّ أن أتصدق بمائه مثلاً، قال في النوازل: هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ما ليس به حقيقة، ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال، قال: وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه.

[فروع] طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا إشكال في أن القول قوله، وكذا إذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام محمود البخاري. ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا: لم يستثن قبلت، وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي، فإن لم يشهدا على النفي بل قالا: لم نسمع منه غير لفظه الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء. ففي المحيط القول قوله. وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندي: لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره، ومثله إذا قال لعبده: أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق. وفي الفتاوى للنسفي: لو أدعى الاستثناء وقالت: بل طلقني فالقول لها: ولا يصدق الزوج إلا ببينة، بخلاف ما لو قال لها: قلت لك: أنت طالق إن دخلت فقالت طلقني: منجزاً القول قوله. وفي الفتاوى الصغرى: إذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع. ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشايخنا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس. والذي عندي أن ينظر، فإن كان الرجل معروفاً بالصلح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقاً له، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي أن يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق في هذا الزمان. ولو طلق فشهد اثنان أنك قد استثنيت وهو غير ذاكر، إن كان بحيث إذا غضب لا يدري ما يقول: وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا يأخذ بها قوله: **(وكذا إذا ماتت)** معطوف على قوله: وإذا قال لامرأته: أنت

. . . .

قوله: **(وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف)** أقول: مخالف لما أسلفه آنفاً إلا أن يكون إشارة إلى النقل الآخر عنهما، ثم أقول: ولا يبعد أن يقال: الظاهر أن المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه، وذكر الشرط في سائر الشروط.

besturdubooks.wordpress.com

بالمستثنى منه، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان عليّ درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من

طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق. وقوله: والموت ينافي إلى آخره جواب عن مقدر هو أن الموت ينافي الواقع من الطلاق، حتى لو قال لها: أنت طالق أو طالق ثلاثاً فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي أن ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق. أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به قوله: **(بخلاف ما لو مات الزوج)** قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق، وقول من قال: يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشيء لأنه خلاف الظاهر، ولأنه يجب تصديقه فيه، ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا إذا كان لإثبات عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى في إثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء وإلا فلا فائدة له غير اللجاج قوله: **(ولو قال إلا ثنتين طلقت واحدة)** وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء لأنه استثنى الأكثر وهو قول طائفة: من أهل العربية، وبه قال أحمد. قالوا: لم تتكلم العرب به، وقوله تعالى **﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾** [الحجر: ٤٢] والغاوون الأكثرون. قال تعالى **﴿وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين﴾** [يوسف: ١٠٣] لا دليل فيه لأن الاستثناء منقطع، إذ المراد بعبادي الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآني، على أن هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون. قلنا: لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه، ففي الحديث الصحيح عنه ﷺ فيما يرويه عن ربه عز وجل: «يا عبادي كلكم جائع إلا من أطعمته، يا عبادي كلكم عار إلا من كسوته»[1] ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله، ألا ترى أنه لم يسمع له مائة إلا ثمناً وسدس ثمن وسائر الكسور، ويجوز استعمالها وهذا لأن الاستثناء بيان أن المستثنى لم يرد بالصدر. فحاصل التركيب من المستثني والمستثنى منه أنه تكلم بالباقي بعد المستثني، وقولهم: إخراج عن الصدر إلى آخره تجوّز لأن حقيقة الإخراج متعذرة لأنها تستدعي سبق الدخول، فإن اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الإخراج منه بعد الاستثناء، لأن تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقاً فلا يتصور الإخراج منها، وإن اعتبر في الإدارة بالحكم لزم أن يكون كل استثناء نسخاً، ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى **﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾** [العنكبوت: ١٤] من الإخبارات، لأن المتكلم حينئذ إما أن يكون كاذباً في إرادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع، أو في الاستثناء إن كان هو المنتفي، أو غالطاً في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى، فلزم بالضرورة أنه بيان أن ما بعد إلا لم يرد بالحكم، ثم هل يكون مراداً بالصدر: أعني العام أو الكل، ثم أخرج ثم حكم على الباقي، أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد إلا وإلا قرينته خلاف لا يوجب خلافاً فيما ذكرنا أن حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي: أي حكمه عليه، وحققناه في الأصول أن معنى القول الأول: أنه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله: عليّ عشرة إلا ثلاثة، فإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم، وإلا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف، ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون

الإيجاب فيقع الطلاق. أجاب بقوله: **(والموت ينافي الموجب دون المبطل)** يعني أن الإيجاب لو اتصل بالموت بان تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل. وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل، بخلاف الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه **(بخلاف ما إذا مات الزوج)** بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يتصل به الاستثناء، وإنما تعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتي واستثنى **(وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين، وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة)** في ذكر المثالين إشارة إلى أن استثناء القليل والكثير سواء، خلافاً للفراء فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي أنه لم يتكلم به العرب **(والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٥٧٧ والبخاري في الأدب المفرد ٤٩٠ وابن ماجة ٤٢٥٧ والترمذي ٢٤٩٥ والطيالسي ٤٦٣ وأحمد ٥/ ١٦٠ كلهم من حديث أبي ذر بأتم منه.

besturdubooks.wordpress.com

وصارفاً للفظ إليه، وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل، وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة، فتقع واحدة ولو قال إلا ثلاثا يقع الثلاث لأنه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب.

من الثلاث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على أن الثلاث المستثناء من الثلاث لم يبطل بل تتوقف إلى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله اعلم. وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى ﴿إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا إمرأته﴾ [الحجر: ٥٩ . ٦٠] ومن فروعها المعروفة له عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة تلزمه خمسة. ولو قال: ثنتين وأربعاً إلا ثلاثاً يقع الثلاث ذكره القدوري. وأصله أن الاستثناء تصرف في اللفظ أو لا، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل، ولهذا لو قال: أنت طالق أربعاً إلا ثلاثاً تقع واحدة، أو عشرة إلا تسعة طلقت واحدة، أو خمساً إلا واحدة يقع الثلاث. وفي «المنتقى»: طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لأنه يصير قوله: وثلاثاً فاصلاً لغواً فاستثني الأكثر فيقع الكل. وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال: ستاً إلا أربعاً. وما ذكر شيخ الإسلام أنه ينوي، فإن قال عنيت ثنتين من الثلاث الأول وثنتين من الثلاث الأخيرة يصح الاستثناء، وإلا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية، كذلك «الحلواني» في هذه المسئلة ولا في المنتقى. ولو قال: طالق ثلاثاً إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان، فإن مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف وهو قوله محمد وهو الصحيح، وفي رواية أخرى ثنتان، وما قيل: إن هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف، يعني في منع إخراج الأكثر فمما لا ينبغي لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه. نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية. وجه الصحيح أنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة.

[فروع] إخراج بعض التطليقة لغو بخلاف إيقاعه. فلو قال: طالق ثلاثاً إلا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد: وهو المختار، وقيل: على قول أبي يوسف: ثنتان لأن التطليقة لا تتجزأ في الإيقاع فكذا في الاستثناء فكأنه قال: إلا واحدة. والجواب أن في الإيقاع إنما لا يتجزأ لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثاً.

أن الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح، وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع، وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك اللفظ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فإنه لو قال كل نسائي طوالق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقهن كلهن. ولو قال كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ، فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظاً فكذا فيما بقي، إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة إلا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعاً وهو صحيح بلا خلاف. وقوله: (وإنما يصح إذا كان موصولاً به) ظاهر، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

قوله: (وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل، إلى قوله: وإن كان هو استثناء من الكل) أقول: دليله مذكور في الشروح.

besturdubooks.wordpress.com

الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده، ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به

عشرة إلا ثلاثة اسماً مركباً لمعنى سبعة كما نسب إلى القاضي الباقلاني، على أن التحقيق أن قوله: هو أحد المذهبين كما حققناه في الأصول، بل مراده ما ذكره المصنف من قوله: إذ فرق بين قول القائل: على درهم وعشرة إلا تسعة، وقوله: هو الصحيح احتراز من قول: من قال: إخراج، وفيه معنى المعارضة لا يستلزمه في الإخبار ما ذكرنا، ونسب إلى الشافعية والله أعلم، فإنهم مصرحون بأنه من المخصصات، والتخصيص بيان أن المخصص لم يكن مراداً، أو قالوه: على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لأن مسئلة الاستثناء من النفي إثبات يوجب القول بالمعارضة لأنها توجب حكمين على الثلاثة مثلاً في ضمن العشرة بالإثبات وبعد إلا بالنفي، لكن لا شك في أنه بحسب الظاهر لا حقيقة للإسنادين فيها وإلا كان تناقضاً، وحينئذ فالثابت صورة بين حكم الصدر وما بعد إلا، وترجع الثاني فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين، فظهر أنه لم يحكم في الصدر إلا على سبعة قوله: (ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لأنه رجوع بعد التقرير وهو لا يجوز. ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية، لكنه لا يجوز فيه أيضاً لو قال: أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم أنه لغيره، وهو ما ذكر في الكتاب من أنه حينئذ لا يبقى بعده شيء يصير متكلماً به، وتركيب الاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقي بعد الثنيا لا لنفي الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي أنه لنفي الكل، بل يفيد ذلك قوله: ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكي عن بعضهم من تجويز يجب حمله على كون الكل مخرجاً بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدي أحرار إلا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف. فلو قال: نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن. وفي «البقالي»: لو قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق. وفي الذخيرة لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة، وعندهما يقع ثنتان. وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر، فكان أبو حنيفة يرى صحة الأولى إلى أن يظهر أنه مستغرق أولاً، وهما يريان اقتصار صحته على الأولى، وزفر يرى اقتصار على الأولى والثانية، وقول أبي حنيفة أوجه لأن الصدر متوقف على الإخراج. ولو قال: طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الاستثناء اتفاقاً لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء. ولو قال: واحدة وثنتين إلا ثنتين أو ثنتين وواحدة إلا ثنتين يقع الثلاث، وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة، لأنه في الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة، وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح، بخلاف ما لو قال: طالق واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين. والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى ما يليه، وإذا تعقب جملاً قيد الأخيرة منها، وكما قيدنا بطلان المستغرق بما إذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبر للصدر، فإن كان صح، فإنه ذكر في فتاوى الواوالجي: لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة طلقت واحدة. واعلم أنه إذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل إسقاطاً مما يليه، فيلزم أن كل فرد إسقاط من الصدر وكل شفع جبر له، فإذا قال: طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة، ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقي ثنتين، فقد أخرج من الثلاث المستثناه واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما

بعد الثنيا) أي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة، وموضعه أصول الفقه، وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يقال لفلان على درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة، فيصح استثناء البعض قليلاً كان أو كثيراً أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل أن يقول عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء (يصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه) فبقي كلامه الأول كما كان ويقع الثلاث، وقد ظن بعض أصحابنا

sturdubooks.wordpress.com

باب طلاق المريض

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله: لا ترث في الوجهين لأن الزوجية بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا

باب طلاق المريض

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلاً وجزءاً شرع في بيان طلاق المريض، إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري، إذ لا شك أن فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا: معنى بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الأربع، بل ذلك يجري مجرى التعريف بالأخفى قوله: **(في مرض موته)** احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه، وقيد بالبائن لأن في الرجعي يرثه في العدة وإن طلق في الصحة لقيام النكاح. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم أن طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة. وأجمعوا أنه طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر، وبالعدة لأنها لا ترثه إذا مات بعد انقضائها، خلافاً لمالك في قوله: ترث وإن تزوّجت بعشرة أزواج. ولابن أبي ليلى في قوله: ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد، ويعرف من تقييد الإرث بالعدة أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق، وقيد بغير الرضا، لأنه لو طلقها برضاها لا ترث، ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك، حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكاً وقت الطلاق لا ترث، وإن أسلمت في العدة قبل موته: أو عتق لا ترث. أما لو قال في مرضه: إذا أسلمت فأنت طالق بائناً ترثه لأنه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من ستة أشهر، فعند أبي يوسف ترث، وعندهما لا ترث بناء على أن المبانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملاً على حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه، ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث. وعندهما لا يحمل على الزنا وإن قالته، بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث، وستأتي المسئلة في ثبوت النسب قوله: **(وهي السبب)** أي الزوجة هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة، وكذا لا يرثها إذا ماتت في العدة، فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين، وبمذهبنا قال عمر وابنه عثمان وابن مسعود والمغيرة، ونقله أبو بكر الرازي عن عليّ وأبي بن كعب وعبد الرحمٰن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت، ولم يعلم عن صحابي خلافه، وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمٰن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان والحرث العكلي. لنا الإجماع والقياس. أما الإجماع فلأن عثمان رضي الله عنه ورَّث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية، وقيل: بنت عمرو بن الشريد

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنياً وبدعياً صريحاً وكناية تنجيزاً وتعليقاً كلاً وجزءاً شرع في بيان طلاق المريض متعرضاً لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة **(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته)** وهذا يسمى طلاق الفار. والأصل فيه أن من أبان امرأته من مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم

باب طلاق المريض

قوله: **(وتعليقاً كلاً وجزءاً)** أقول: لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك قوله: **(لأنه إذا كان برضاها لا ترثه إلخ)**

besturdubooks.wordpress.com

يرثها إذا ماتت. ولنا إن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها، وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في

السلمية من عبد الرحمٰن بن عوف لما بتّ طلاقها في مرضه ومات وهي العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً،[1] وقال: ما اتهمته ولكن أردت السنه. وهذه الرواية أليق مما روى عن عثمان أنه قال حين ورثها: فرّ من كتاب الله. وقد ذكر عن عبد الرحمٰن أنه قال: ما فررت من كتاب الله. وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أورثها،[2] أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك، وهو بعد انعقاد الإجماع فيه فلا يقدح فيه. لا يقال: بل على هذا التقرير لم يكن إجماعاً لأنه كان سكوتياً، وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقاً. لأنا نقول: نعم لو كان إذ ذاك فقيهاً لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه، والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول. وقول المالكية: كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها. وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع إبطال حق بعد تعلقه بماله فيه، وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت، ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد

مات عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي. قيد بالإبانة لأن الطلاق إذا كان رجعياً كان توريثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار. وقيد بمرض موته لأنه إذا طلقها بائناً في مرض فصح منه ثم مات لا ترثه، وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه، لأنها إن كانت كتابية أو أمة لا ترث بالموت في العدة لأنها إن ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافاً لمالك، وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فإنه يرثها **(وقال الشافعي: لا ترث في الوجهين)** يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض

أقول: فيه أنه إذا طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه ترث، وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل في الفرق، وليس لك أن تقول: المراد تطليق نفسها في صحته لأنه صرح في الغاية أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً في مرض موته قوله: **(وحكم الفرار كما يثبت، إلى قوله فإنه يرثها)** أقول: كيف يرث ولا عدة في جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا إمكان، وسيجيء ما يقويه بعد أسطر قال المصنف:

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٢: أخرج ابن سعد في الطبقات في ترجمة عبد الرحمن بن عوف عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر قال: «بعث رسول الله ﷺ عبد الرحمن بن عوف في سبعمائة إلى دومة الجندل في شعبان سنة ست من الهجرة، فدعاهم إلى الإسلام فأبوا ثلاثاً، ثم أسلم رأسهم الأصبغ بن عمرو الكلبي، فبعث عبد الرحمن إلى النبي ﷺ فأخبره، فكتب إليه أن تزوج تماضر بنت الأصبغ، فتزوجها ورجع بها، وهي أم أبي سلمة بن عبد الرحمن لم تلد غيره».

قال الواقدي: حدثنا أسامة بن زيد الليثي عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرحمٰن بن عوف قال: «أصاب تماضر بنت الأصبغ ربع الثمن، فأخرجت بمائة ألفاً، وهي إحدى الأربع».

وقال إبو العلاء: سمعت أبا صالح قال: «مات عبد الرحمن بن عوف، وترك ثلاث نسوة، فأصاب كل واحدة مما ترك ثمانون ألفاً».

قال إبراهيم بن سعد عن أبيه عن جده قال: «كان في تماضر سوء خلق وكانت على تطليقتين فلما مرض عبد الرحمٰن طلقها الثالثة، فوَرَّثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء العدة اهـ. انظر الدراية ٢/ ١٨٠.

وأخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٢ من طريق الشافعي عن عبد الله بن الزبير حيث سئل عن الرجل الذي يطلق المرأة، فيبت في طلاقها، ثم يموت، وهي في عدتها.

فقال ابن الزبير: طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تماضر بنت الأصبغ الكلبية، فبتها ثم مات، وهي في عدتها، فورثها عثمان رضي الله عنه. قال الزبير: وأما أنا، فلا أرى أن ترث مبتوتة.

وأخرجه مالك في الموطأ ٥٧٢ حـ ٤١ عن الأعرج بلاغاً وحـ ٤١ ربيعة الرأي.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٢ بسنده عن ابن أبي مليكة به.

besturdubooks.wordpress.com

حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فتبطل في حقه خصوصاً إذا رضي به **(وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه)** لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته لأن

الإجماع، وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له. وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث. وصورته: هكذا قصد إبطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعله محرماً لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده، ولذا اختلف خصوص الثابت في الأصل والفرع، فإنه في الأصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث. وهذا التعليل في طريق الآمدي بمناسب غريب إذا لم يشهد له أصل بالاعتبار، بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل: أعني القاتل. وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالإجماع المذكور، وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوّجها كقول مالك، إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق، فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوّج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها، والمصنف لم يعين لقياسه أصلاً في الإلحاق، بل قال: قصد إبطال حقها فيرد عليه قصده دفعاً للضرر، ومثله لا يفعل إذا كان هناك أموال شتى يمكن الإلحاق بكل منها، وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورّث. ويمكن أنه اعتبر أصوله كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح فإنه يرد ذلك عليه، إلا أن قوله الزوجية: سبب إرثها في مرض موته غير جيد لأنها سبب إرثها عند موته عن مرض أو فجأة. والوجه أن يقول: الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد إلخ قوله: **(بخلاف ما بعد الانقضاء)** أي انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتوريث إذا لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها. على أنه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبيّ بن كعب أن امرأة الفارّ ترث ما دامت في العدة[1]، وبه يحمل قول أبي بكر الصديق: ترث ما لم تتزوّج: أي ما لم تقدر على قدرة التزوّج وهو بانقضاء العدة: أي ما لم تقدر عليه قوله: **(والزوجية إلخ)** جواب عن قوله ولهذا لا يرثها: أي الزوجية في هذه الحالة: أي حالة مرضه ليست سبباً لإرثه عنها بل في حال مرضها. ونقول لو كانت هي المريضة فأبانت نفسها بأن

وهو الطلاق **(ولهذا لا يرثها إذا ماتت. ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته)** وهو ظاهر **(والزوج قصد إبطال هذا السبب)** بالطلاق وهو أيضاً ظاهر **(فيرد عليه قصده بتأخير عمله)** أي عمل الطلاق **(إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها)** فإن قيل: إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرّ عنها وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده. أجاب بقوله **(وقد أمكن)** يعني إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً، وقد أمكن ذلك

(ولنا أن الزوجية سبب إرثها) أقول: أي سبب تعلق حقها بماله وإلا فظاهره مصادرة قال المصنف: **(فيرد عليه قصده بتأخير عمله)** أقول: أي عمل الطلاق المفهوم من السباق، ويجوز إرجاع الضمير إلى الإبطال مراداً به الطلاق مجازاً. على سبيل الاستخدام قوله: **(وإما لأنه رضي بحرمانه إلخ)** أقول: هذا الوجه أعم من الأول، إذ يحتمل أن يكون الطلاق في مرض موتها أيضاً قوله: **(فتبطل في حقه، قال في النهاية بالنصب إلخ)** أقول: أنت خبير أنه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية، وذلك ليس بصحيح وإلا كان ينبغي أن يرثها، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال: إن النكاح لم يكن قائماً بوجه من الوجوه، ويجوز أن يقال: المعنى على تقدير النصب فيبطل الإرث بعد تحقق سببه: أي الزوجية في تلك الحالة ليست سبباً له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الإرث بعد تحقق سببه، فالضمير راجع إلى الإرث وفيه تكلف.

---

(١) انظر سنن البيهقي ٧/ ٣٦٣ حيث ذكر آثاراً عن الصحابة.

besturdubooks.wordpress.com

الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها **(وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز إقراره ووصيته، وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم**

ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج، بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل قوله: **(فتبطل في حقه)** برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكماً فلا يرثها إذا ماتت، بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لأن الزوجية وإن بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعاً للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها، وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النفي سهو لأنه حينئذ ينعكس الغرض، إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سبباً لإرثه منها لبطلت، ولكنها ليست بسبب فلا تبطل، وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد: قوله: **(فإن طلقها ثلاثاً بأمرها)** ليس قيداً، بل المقصود أن يطلقها بائناً بأمرها، ولهذا عطف قوله أو قال لها: اختاري فاختارت نفسها عليه، فإن هذا القدر إنما يثبت طلقة بائنة، وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها. أما في الأولى فللأمر منها بالعلة، وأما في الأخريين فلأنهما باشرا العلة. أما في التخيير فظاهر لأنه تمليك منها، وأما في الخلع فلأن التزام المال علة العلة، لأنه شراء الطلاق، ومباشرة آخر وصفي العلة كمباشرتها، بخلاف مباشرة بعض العلة. فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرض موته وقد دخل بهما: طلقا أنفسكما ثلاثاً فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثاً بتطليق الأولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تباشر علة الفرقة لا الأولى لأنها المباشرة. ولو بدأت الأولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الأخرى كذلك ورثتا لأن الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لإطلاق نفسها الخروج الأمر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس. ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معاً طلقتا ولم ترثا لأن كلاً طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها. وإن طلقتا إحداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معاً طلقت ولا ترث لأنه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف إلى المالك لأنه أقوى، أو كل يصلح علة وقد نزلا معاً فيضاف إلى كل كأن ليس معه غيره. ولو قال: في مرضه طلقا أنفسكما إن شئتما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الأخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافاً لزفر كأنه قال: طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما، بخلاف ما تقدم فإنه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك، فلو طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الأولى لا الثانية لأن الثانية باشرت آخر وصفي العلة والأولى بعض العلة. ولو خرج الكلامان منهما معاً بانتا وورثتاه لأن كلاً باشرت بعض العلة، هذا كله بشرط المجلس لأنه تمليك. ولو قال: في مرضه أمركما بيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد إحداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء إلا أنهما إذا اجتمعا على الطلاق واحدة منهما يقع، وفي قوله: إن شئتما لا يقع لأنه جعل الرأي إليهما في شيئين، فإذا اجتمع رأيهما في شيء صح، كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهناك فوض إليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدماً قبل الشرط. ولو قال: طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معاً أو متعاقباً بانتا بألف ويقسم على مهريهما لأن الألف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوّجهما عليه ولم يرثا لأن الفرقة لا تقع إلا بالتزام المال وإلتزام كل علة لأنه شراء

إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وحرمة نكاح أربعة سواها، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعاً للضرر عنها، بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلاً. وقوله: **(والزوجية في هذه الحالة)** جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا

sturdubooks.wordpress.com

أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً) إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية. وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له يتزوج أختها فانعدمت التهمة، ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها، بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة، والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة، ولا عدة في المسئلة الأولى ولأبي حنيفة رحمه الله في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها،

الطلاق، فكان فعل كل واحدة علة وفعل الأخرى شرطاً والحكم يضاف إلى العلة فلذا بطل الإرث. ولو طلقتا إحداهما طلقت بحصتها من الألف لأنهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لأنه وقع بقبولها، وإن قامتا بطل الأمر لأنه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما، بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لأنه ينفرد كل منهما بإيقاع الأمر، وإذا بطل الأمر في حق نفسها لأنه تمليك بطل في حق الأخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي قوله: **(والتأخير)** أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بإبطاله، ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة، لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانياً في الفرقة، بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لأن المبطل للإرث إجازته، ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقر بها مكرهة لأنه بذلك ينتقل إليه فيكون الأب كالمباشر. ولو وجدت هذه الأشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة. وفي الجامع: لو فارقته في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لأنها من قبلها وإذا لم تكن طلاقاً. وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وفي الفرقة بسبب الجبّ والعنة واللعان لا يرثها لأنها طلاق فكانت مضافة إليه. وأورد: ينبغي أن لا يرثها أصلاً لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة. أجيب لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح في حق الإرث دفعاً للضرر عنه أوردا لقصدها إبطال حقه كمستعجل الإرث. ولا يخفى أن هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار إذا مات بعد العدة كما هو قول مالك. وفي القنية: أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار، ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث قوله: **(ولو قال لها كنت طلقتك، إلى قوله: فلا تهمة في حق هذه الأحكام)** هاتان مسئلتان: ما إذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل

ماتت، ومعناه أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت، أما لأنه لم يتعلق حقه بمالها، وأما لأنه رضي بحرمانها عن الإرث حيث أقدم على الطلاق، وإما لأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه من الوجوه وقوله: **(فتبطل في حقه)** قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي. وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير، ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له. وقوله: **(وإن طلقها بأمر)** ها ظاهر. قيل سؤالها للطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من فلان وثمة لا يسقط. أجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً، ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض، فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكماً، وإذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الإرث ضمناً له، وكم من حكم يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالفرقة، وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها. وقوله: **(وإن قال لها في مرضه)** في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الأقل عند أبي حنيفة، ويجب ما أقر وأوصى بالغاً ما بلغ فيهما عند زفر، وقولهما في الأولى كقول زفر، وفي الثانية كقول أبي حنيفة. قال زفر **(والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية)** وإذا زال المانع يعمل المقتضى عمله. و **(وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة)** واستوضح ذلك بقوله ألا ترى. وقوله:

besturdubooks.wordpress.com

والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوّج والشهادة، فلا

المرض، وما إذا أنشأ طلاقها ثلاثاً في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أوصى لها بوصية، فعند أبي حنيفة لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين. وقال زفر: لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين، وقالا: في الأول كقول زفر، وفي الثاني كقول أبي حنيفة. لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الأولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما. قلنا: ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة، غير أنهما قالا: إنما هي ثابتة في الثانية لا الأولى، وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الأولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين. والدليل على أن مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينتفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعاً وأنها صارت أجنبية، وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وإن تتزوّج بآخر من وقت التصادق. ولأبي حنيفة إن قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضاً نظراً إلى تقدم النكاح المفيد للألفة والشفقة وإرادة إيصال الخير، ولما لم يظهرها ما تصادقا عليه إلا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية، وهذه التهمة إنما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوّج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها لا في حق الورثة، وهذه التهمة إنما هي في الزائد فينتفي، ثم ما تأخذه إنما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين. وفائدته أنه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل، ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة، ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك، ولو كان ديناً لكان لها ذلك، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها أن ما تأخذه دين، ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث. وفي جوامع الفقه: وكذا لو قال: كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود، وقوله: ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر. والقرابة: أي قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجده ولا الأب والجد لابنه وابن ابنه. وفي الغاية: ينبغي أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لا تهمه في الإقرار لها والوصية، وإن كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته ينبغي أن لا يصح إقراره ووصيته للتهمة، وقاسه على ما في الذخيرة فيما إذا قالت لك امرأة غيري أو تزوّجت عليّ فقال: كل امرأة لي طالق فإنه قال: قيل الأولى يحكم الحال إن كان جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضاً، وإن لم يكن كذلك لا يقع. قال السروجي: فمقتضى ما

(وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية **(والحكم)** وهو عدم صحة الإقرار والوصية **(يدار على دليل التهمة ولهذا يدار)** الحكم المذكور **(على النكاح والقرابة)** حيث لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذوي قرابته. وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والإقرار، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إيثاراً له على غيره، ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوّز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه، فكذا في المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة **(ولا عدة في المسئلة الأولى)** لتصادقهما على انقضائها. وفي عبارته تسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة، وإقامة الشيء مقام غيره إقامة السبب الداعي مقام المدعو، وإقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان **(ولأبي حنيفة في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه)** وقوله: **(ولا مواضعة عادة)** جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لها وهو واضح. وقوله: **(ومن كان محصوراً أو في صف القتال)** هذا

besturdubooks.wordpress.com

تهمة في حق هذه الأحكام. قال رضي الله عنه: **(ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق إمرأته ثلاثاً لم ترثه، وإن كان قد بارز رجلاً أو قدّم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل)** وأصله ما بينا أن امرأة الفارّ ترث استحسانا، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار، فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدوّ وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار، والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف، وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب

ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم الحال هنا ا هـ وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها: تزوجت عليّ ونحو إذا اقترن بالمشاجرة، أما هنا فلا، إذ الإيصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها، وإلا لم يوص لها ظاهراً. والحاصل أن الظاهر بذلك الإيصاء التواضع على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيراً ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض قوله: **(ومن كان محصوراً إلخ)** الحاصل أن مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده، وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجيهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصاً، أو في سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقي على لوح أو افترسه سبع فبقي في فمه، بخلاف ما إذا كان محصوراً في حصن أو في صف القتال أو محبوساً للقتل أو نازلاً في مسبعة أو في مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما قلنا، والمرأة في جميع ذلك كالرجل، فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناه آنفاً. والحامل لا تكون فارّة إلا في حال الطلق. وقال مالك: إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة. قلنا: المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا في الطلق، وتوجهه بالمرض قيل: أن لا يقدر أن يقوم إلا بأن يقام، وقيل: إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادي فصحيح وإلا فمريض. وضعف بأن المريض جداً لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر، وقيل أن لا يقدر أن يمشي إلا أن يهادي، وقيل: أن لا يقوم بحوائجه في البيت كما تعتاده الأصحاء وإن كان يتكلف، والذي يقضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فاراً لأن الإنسان قلما يخلو عنه، فأما من يذهب ويجيء ويحم فلا وهو الصحيح، فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح، هذا في حق الرجل. أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة، والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح، وبه كان يفتي «برهان الأئمة» «والصدر الشهيد». وقيل إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي فكالمريض وإلا فكالصحيح. وقيل: ما كان يزداد أبداً، لا إن كان يزداد تارة ويقل أخرى، ولو قرب للقتل فطلق ثم خلي سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغيره. واعلم أن قوله: وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضي إلحاق

لبيان أن حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء، وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراش، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالأصحاء وكلامه واضح. وقوله: **(ولهذا أخوات تخرّج على هذا)** منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة. ومنها المرأة الحامل فإنها كالصحيحة فإذا أخذها الطلق فهي كالمريضة. ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لأنه ما دام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك. وقوله: **(وقوله إذا مات في ذلك الوجه)** بيانه: إذا طلقها في مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح فلها الميراث، وكان عيسى بن أبان يرى أن لا ميراث لها لأن مرض الموت ما يكون

besturdubooks.wordpress.com

المرض إذا قتل (**وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار**) وهذا على وجوه: إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة، وكل وجه على وجهين: أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض. أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث. وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعاً في المرض. ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم إلا عن قصد فلا يردّ تصرفه. وأما الوجه الثالث

حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه، فالأولى أن يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالباً كما ذكره في المرض، على أن غالباً متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل، وأما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الأصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا قوله: (**فأنت طالق**) أي طالق بائن لأن الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق قوله: (**إما أن يعلق الطلاق إلخ**) ضبطه إما أن يعلقه بفعل أحد أولا. الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والأول إما بفعل نفسه أو غيره، وهو إما المرأة أو أجنبي، والكل على وجهين: إما أن يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو الشرط فقط. ففي التعليق بفعل الأجنبي ومجيء الوقت إن كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث. وقال زفر: ترث لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان إيقاعاً في المرض. ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً بنفسه عند الشرط حكماً لا قصداً: يعني يسلم قول زفر: إنه يصير كالمنجز لكن حكماً لا قصداً، ولذا لو كان مجنوناً عند الشرط وقع، ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث، فلو كان تطليقاً عند الشرط حقيقة وحكماً لم يقع في الأول وحنث في الثاني ولأنه لم يكن فاراً بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الأجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالماً. وأما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال، وإن كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الإبطال: إما بالتعليق إن كان في المرض، أو بمباشرة الشرط إن كان التعليق في الصحة، وكون الشرط لا بد منه غاية يوجب اضطراره، والاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي الضمان، كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو أتلفه نائماً أو مخطئاً يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم، وحقها صار معصوماً بمرضه فاضطراره إلى إبطاله يرد عليه تصرفه، إلا أن هذا حكم الفرار مع عدم الفرار، وما كان موجب الميراث إلا الفرار ولا فرار مع عدم القصد. وقوله: (**وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ**) ربما يعطي أن المنظور إليه في إثبات حكم الفرار إذا كان لا بد منه التعليق، ويستلزم أن لا يثبت الفرار إلا أن يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة. وعلى الثاني لا يستقم النظر إلى التعليق في إثبات

سبباً للموت، ولما مات بسبب آخر عملنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن متعلقاً بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته، ولكنا نقول: قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن ثابتاً في ماله، وقد بينا أن إرثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (**وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح**) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها قوله: (**أنت طالق**) يعني طلاقاً بائناً لأن حكم الفرار إنما يعطي إذا كان الطلاق بائناً على ما ذكرنا. وقوله: (**وكانت هذه الأشياء**) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج إلى خبر. وقوله: (**يصير تطليقا عند الشرط حكماً لا قصداً**) يظهر بمسئلتين: إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فإنه يقع مع أن طلاق

besturdubooks.wordpress.com

وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بدّ أو لا بد له منه يصير فاراً لوجود قصد الإبطال، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض، وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها. وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك، وإن كان الفعل مما لا بدّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار. وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في

الفرار لأنه ليس في حال تعلق حقها. ويمكن أن يقال: إنه اضطرار منه حيث علق بما لا بدّ منه مع علمه بورود أسباب الموت، ولأنه لاضطراره إلى الشرط يفعله فكان حال التعليق راضياً بالشرط، بل إنما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه. وأما التعليق بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد لم ترث. وقوله: **(لأنها راضية بذلك)** أي بالطلاق، إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط. أورد عليه ما لو قال: أحد الشريكين في العبد لشريكه: إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطراً إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان الشريكين قال: إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حرّ فقال له شريكه: إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط، وفعل الشرط مضطراً لا يدل على الرضا. وأجاب الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا، ولا كذلك الضمان، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار **(وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين)** ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة قوله: **(كما في الاكراه)** بأن أكره إنساناً على إتلاف مال صار المكره متلفاً حتى يضمن وينتقل الفعل إليه، فكذا هنا وكفعل القاضي فإنه ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق. وفي مبسوط فخر الإسلام: الصحيح ما قاله محمد قوله: **(فلا يصير الزوج فاراً)** يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعاً بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته، وقد ظهر خلافه. أو نقول: هو بطلاقه فارّ لكن الفرار إنما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة قوله: **(ولو طلقها)** أي بائناً ثلاثاً أو غيره في مرضه، وهذا لأنه فرّع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال: إنها ترث، ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كان بائناً لأنها إذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح قوله: **(لم ترث)** بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها معتدته قوله: **(لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي)** بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن المحرمية لا تنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنت فإنما تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضمير وهو الباقي الإرث قوله: **(في حال قيام النكاح)** أي حالة المرض قوله: **(فتكون راضية ببطلان السبب)** وهو النكاح وذلك رضا ببطلان المسبب قوله: **(لتقدمها عليها)** أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق

المجنون غير واقع، فدل على أنه ليس بتطليق قصداً. والثانية أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث، فلو كان تطليقاً قصد الحنث. وقوله: **(والفعل مما له منه بدّ أو لا بد له منه يصير فارا)** قيل عليه ينبغي أن لا يصير فاراً في التعليق بالفعل الذي لا بدّ له منه إذا كان التعليق في الصحة لأن الفعل إذا كان مما لا بد له منه يصير مضطراً في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلماً فلا ترث. وأجيب بأن الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الجمل الصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لإيجاب الضمان. وقوله: **(لأنها راضية بذلك)** يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط. فإن قيل: لا نسلم

besturdubooks.wordpress.com

المرض، فإن كان الفعل مما لها منه بدّ فلا إشكال أنه لا ميراث لها، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه. قال: **(إذا طلقها ثلاثاً وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث)** وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فاراً. ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت. ووجه الفرق أنها

السابق عليها قوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** وهو قوله: لأنها مضطرة في المباشرة: أي مباشرة الشرط، ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل. والأوجه كونه قوله: بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه إلخ، لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض، وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه، فإن القذف كان في الصحة واللعان في المرض. قوله: **(إذ هي ملجأة إلى الخصومة)** ظاهر في أن الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد منه وهو خصومتها: أي مطالبتها بموجب القذف لأنه به يندفع العار، ولو جعل لعانها صح أيضاً إذ هي ملجأة إليه من قبله إذ لعانه يلجئها إلى لعانها. لا يقال: هو أيضاً ملجأ إلى لعانه من قبلها: لأن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوباً إلى اختياره، فهي وإن باشرت آخر جزأي مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد: يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه. وقيل في وجه قول محمد: الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله، ولا يخفى أنه سبب بعيد. ثم قيل: على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان. وأجيب بأنه الملجىء للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة قوله: **(فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت)** كأنه قال في صحته: إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث، كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فاراً. وأورد عليه أن الإيلاء في الصحة ليس مثل

ذلك فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حر فضربه عتق، وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضاً. أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا بإجماع الصحابة بشبهة العدوان، فإنه روى عن عمر وعثمان وعليّ وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضاً لشبهة الرضا، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار. وقوله: **(أو في العقبى)** راجع إلى صلاة الظهر. قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي ﷺ، وكان الفهم في النظر إلى الأول أسبق. وقوله: **(فكذلك الجواب عند محمد)** أي لا ترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يهتم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد منذ بداً، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر، وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فاراً. فإن قيل: في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعاً في المرض. فالجواب أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار. وقوله: **(لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة)** أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها. وقوله: **(لأن**

قوله: **(وقوله أو في العقبى راجع إلى صلاة الظهر)** أقول: وأيضاً راجع إلى كلام الأبوين **(ولو طلقها فارتدت)** أي لو طلقها ثلاثاً أو بائناً فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البينونة وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة.

besturdubooks.wordpress.com

بالردة أبطلت أهلية الإرث إذا المرتد لا يرث أحداً ولا بقاء له بدون الأهلية، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي، بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا **(ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت. وقال محمد رحمه الله لا ترث، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً)** وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه **(وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث، وإن كان الإيلاء أيضاً في المرض ورثت)** لأن

التعليق بمجيء الوقت بل نظير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فاراً لأنه متمكن من عزله، فإذا لم يعزله كان فاراً كذا هنا هو متمكن من إبطال الإيلاء في المرض بالفيء، فإذا لم يفعل ينبغي أن يكون فاراً. أجيب بالفرق بأنه لا يتمكن من إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه، فإن الفيء باللسان لا يجوز إذا كان الإيلاء في حال الصحة، بل إذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل قوله: **(في جميع الوجوه)** أي سواء كان الطلاق بسؤالها أولا، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله، والفعل مما لها منه بدّ أو لم يكن لا يستثني من عمومه إلا قيام العدة فإنه مشروط فيهما جميعاً.

[فروع] قال: صحيح لموطوءتيه إحداكما طالق ثلاثاً ثم بين مرضه في إحداهما صار فاراً بالبيان، وترث لأنه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده، كما لو أنشأ فجعل إنشاء في حق الإرث للتهمة. ولو ماتت إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث لأنه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه، كما لو علق في صحته بمجيء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث، بخلاف ما قبلها لأنها تعينت للطلاق بفعله فترث، كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض، فإن كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الإرث إذ لا يزاحمها إلا امرأة واحدة لأن إحداهما مطلقة بيقين والنصف والآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق، ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت، وكان الإرث للأخرى لأن التعيين دون الإنشاء، ولو أنشأ في مرضه ثم ماتت كان جميع الإرث للأخرى، كذا هنا ولو كانت له إمرأة أخرى كان بينهما نصفين وإن ماتت الأخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الإرث لأن البيان إنما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهراً وحقها الثابت ظاهراً وقت البيان النصف فلم تزد عليه وهذا لأنها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق إلا النصف، حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الأرباع للمرأة الأخرى، لأننا إنما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت ووقت البيان حقها في الربع فكان للمعينة الربع، ولأن الأخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الإرث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه، فسلم النصف للأخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما، فإن لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقي الزوج على خياره لأن العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بياناً فلا يكون بياناً بالشك إذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق، فإن نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان، فإن قال: عنيت عند الإيقاع التي لم تلد يلاعن بينه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالأم لأنه قذف منكوحته، وإن قال: عنيت التي ولدت يحد لأنه لما كان مراده وقت الإيقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين أنه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان، فإن قال: لم أعن عند الإيقاع أحداً ولكن أريد بالمبهم

المحرمية لا تنافي الإرث) يعني بل تنافي النكاح كما في الأم والأخت. وقوله: (وهو) يعني الإرث هو (الباقي) وقوله: (فتكون راضية ببطلان السبب) أي سبب الإرث وهو النكاح وقوله: (وقال محمد: لا ترث) قيل لأن الطلاق إنما يقع بلعانها لأنه آخر اللعانين، وكان آخر المدارين. فإن قيل: الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين. أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتي، والحكم إما يثبت بالشهادة لا بالقضاء. ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها

besturdubooks.wordpress.com

الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه. قال: (**والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه**) لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائماً. قال: (**وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة**) وقد بيناه، والله تعالى أعلم بالصواب.

التي ولدت لا يحد لأنه قذف منكوحته لأن الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضاً لأن شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر، وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع تعينت الأخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم يكون الوطء منه ضرورة، والوطء بعد الطلاق المبهم بيان إجماعاً وتعينت التي ولدت للنكاح، فإن نفى الولد لا عن ولا ينقطع النسب عنه لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه، فإن ولدت إحداهما لأقل من سنتين من وقت الإيقاع والأخرى ولدت لأكثر من سنتين تعينت صاحبة الأقل للطلاق لأن وطأها لا يصلح بياناً ووطء صاحبة الأكثر يصلح بياناً، وهذا لأن المولود لأكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بياناً، وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أكبر من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن وطء صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل، وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطاً، وإن أقر الزوج بوطء صاحبة الأقل أوّلاً طلقت صاحبة الأكثر بإقراره، ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتا، كمن قال: زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا، وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بياناً للطلاق في الأخرى، فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها، وصار كما إذا وطىء إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخراً كذا هنا. وثبت نسب الولدين. أما ولد الأولى فظاهر، وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الأولى، وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل. ولو قال لامرأته: إذا ولدت ولداً فأنت طالق ثلاثاً فولدت ولداً ثم ولداً آخر لستة أشهر فصاعداً ثبت نسب الولد منه أيضاً وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة، وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأوّل ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه، فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث، لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطاً فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل، ولا يجب العقر لأنا جعلناه معلقاً حال قيام النكاح، والله أعلم من الكافي.

مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقاً بفعل لا بد لها منه (**وقد بينا الوجه فيه**) أي في الفصل الذي لا بدّ لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة. وقوله: (**وإن آلى وهو صحيح**) الظاهر قوله: (**وقد ذكرنا وجهه**) يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً إلخ. فإن قيل: لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان التعليق في الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء. فإذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا، وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فاراً لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل لجعل كأنه أنشأه فكذلك ههنا. أجيب بأن الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكناً مطلقاً، بخلاف مسئلة الوكالة. وقوله: (**في جميع الوجوه**) يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل مما لها منه بدّ أو لم يكن، والباقي واضح والله أعلم.

قوله: (**إلا بضرر يلزمه**) أقول: وهو وجوب الكفارة عليه.

besturdubooks.wordpress.com

باب الرجعة

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى: ﴿**فامسكوهن بمعروف**﴾ من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك، ألا ترى أنه سمي

باب الرجعة

وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر، والرجعة تتعدى ولا تتعدى، يقال: رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله: أي رددته، وقال الله تعالى ﴿**فإن رجعك الله إلى طائفة منهم**﴾ [التوبة: ٨٣] ويقال في مصدره أيضاً رجعاً ورجوعاً ومرجعاً والرجعي والرجعة بكسر الراء، وربما قالوا: إلى الله رجعانك قوله: **(رجعية)** الرجعي أتطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال، أو ما دون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات. وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيئاً من هذه فليس برجعي كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة، والموصوف والمشبه مستدركان على ما في النهاية وغيرها قوله: لقوله تعالى ﴿**فامسكوهن بمعروف**﴾ بعد قوله ﴿**إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**﴾ [الطلاق: ١] ثم قوله ﴿**فإذا بلغن أجلهن**﴾ [الطلاق: ٢] والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة: أي فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء. ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل، وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق في التقديرين، وقوله تعالى ﴿**وبعولتهن أحق بردهن**﴾ الآية ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقاً: أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي وأبوها، وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لا أنه له ولغيره وهو أحق منه، وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلاً، وهو مما يدل على قيام النكاح أيضاً، وقدمناه في باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازاً باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد. يقال: رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال: بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب، ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازاً محافظة على حقيقة الرد لتأييد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكاً في قوله تعالى ﴿**فأمسكوهن بمعروف**﴾ [الطلاق: ٢] أو نقول: يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد إلى حالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال حينئذ أصلاً قوله: **(ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة)** إمساك على الوجه الذي كان أوّلاً وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح، وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط: إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم. والثانية أن لا يكون بمقابلته مال. والثالثة أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق. والرابعة أن تكون المرأة مدخولاً بها. والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع (و) ألفاظ **(الرجعة أن يقول راجعتك)** إن كان في حضرتها **(أو راجعت امرأتي)** في الغيبة بشرط الإعلام أو في الحضرة أيضاً، أو يقول رددتك أو أمسكتك، أو يقول أنت عندي

باب الرجعة

قوله: **(ولها شرائط، إلى آخر قوله: والخامسة أن تكون العدة قائمة)** أقول: وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف إلا شرط المدخولية. قوله: **(بشرط الإعلام)** أقول: فيه أن الإعلام مستحب ليس بشرط كما سيجيء.

besturdubooks.wordpress.com

إمساكاً وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها **(والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي)** وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة. قال: **(أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة)** وهذا عندنا وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن

ليستدام، وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها. أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا: **(وهذا صريح)** ألفاظ الرجعة صريح وكناية، فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي في حال غيبتها وحضورها أيضاً، ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك. وفي «المحيط»: مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان، فهذه يصير مراجعاً بها بلا نية، وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول: إليّ أو إلى نكاحي أو إلى عصمتي، ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن إذ مطلقه يستعمل لضد القبول. والكنايات أنت عندي كما كنت وأنت امرأتي فلا يصير مراجعاً إلا بالنية، لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث. واختلفوا في الإمساك والنكاح والتزوّج، فلو تزوّجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة، وعند محمد هو رجعة، وعن أبي يوسف روايتان، قال أبو جعفر: وبقبول محمد نأخذ. وفي الينابيع عليه الفتوى، وكذا في القنية. وجه قول أبي حنيفة: أن تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه. قلنا: نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزوّج مجازاً في معنى الإمساك. وفي «الذخيرة»: لو قال: راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صح وإلا فلا لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها. وفي المرغيناني والحاوي قال: راجعتك على ألف، قال أبو بكر: لا تجب الألف ولا تصير زيادة في المهر كما في الإقالة قوله: **(ولا خلاف فيه بين الأئمة)** كأنه لم يعتبر أحد قولي: مالك خلافاً، فإنه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان: لمالك كما في نكاح الهازل قوله: **(أو يقبلها أو يلمسها بشهوة)** يحتمل كون الشهوة قيداً في اللمس لا فيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة، فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل. وفي المبسوط والذخيرة: التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة، ولم يقيد التقبيل في الكتاب. وأما النظر إلى دبرها فليس برجعة على قياس قول: أبي حنيفة. .وفي البدائع وهو قول محمد: المرجوع إليه، وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة، فدل أنهما لا يكونان رجعة. وفي الخلاصة أجمعوا على أنه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة، لكن قولهم: في الاستدلال إن الفعل يصلح دليلاً على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل يختص بالنكاح: أي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها في القبلة لأن القبلة مطلقاً يختص حكمها به، بخلاف اللمس والنظر فإنهما لا يختصان به إلا إذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلاً، ولا يكون النظر بشهوة إلى غير داخل الفرج منها رجعة. هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه في كونه رجعة إذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقاً، فإن كان اختلاساً منها بأن كان نائماً مثلاً لا بتمكينه، أو فعلته وهو مكره أو معتوه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أن على قول أبي حنيفة ومحمد: تثبيت الرجعة خلافاً لأبي يوسف انتهى. وعن محمد كقوله: أبي يوسف. وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة. وجه الأول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك أو منه، وكذا إذا أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقاً، كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع. وأبو يوسف فرق بأن إسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما إذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون

كما كنت، أو أنت امرأتي إن نوى الرجعة، ولا خوف لأحد في جواز الرجعية بالقول: وأما بالفعل مثل أن **(يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة)** فهي، صحيحة **(عندنا وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه، لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح)** لثبوت الحل بها، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه، فكان الوطء حراماً كما في ابتداء

besturdubooks.wordpress.com

الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها، وعندنا هو استدامة النكاح على ما بينا وسنقرره إن شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار، والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به

بفعلها قط. وعن أبي يوسف أيضاً أنه قال في الجارية: لا يسقط الخيار بفعلها، هذا إذا صدقها الزوج في الشهوة، فإذا نكر لا تثبت الرجعة، وكذا إن مات فصدقها الورثة، ولا تقبل البينة على الشهوة لأنها غيب، كذا في الخلاصة. ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية، وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل، وعن أبي حنيفة لا تكره، ويأتي الكلام في ذلك قوله: **(مع القدرة)** احتراز عن الأخرس ومعتقل اللسان قوله: **(لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ)** الحاصل أن الخلاف هنا مبني على أن الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل. قلنا: بالأول وقال: بالثاني، وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته، فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه، وإنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائماً قبل انقضائها، وعنده إنشاء النكاح من وجه واستيفاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطاً، وعلى هذا ينبني أن الإشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لأنه إنشاء النكاح من وجه كذا في التحفة قوله: **(على ما بيناه)** يعني قوله: ألا ترى أنه يسمى إمساكاً قوله: **(وسنقرره)** أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا أنها: أي الزوجية قائمة إلى آخره، وهناك نتكلم عليه قوله: **(كما في إسقاط الخيار)** يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلاً على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره، فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى، لأن البيع معه يزيل الملك إلى ثلاثة أيام، والطلاق يزيله إلى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع. وبقولنا قال: كثير من الفقهاء. قال ابن المنذر: الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي. وقال مالك وإسحاق: إن أراد به الرجعة فهو رجعة قوله: **(خصوصاً في الحرة)** فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقاً إلا النكاح، خلاف الأمة فإنه يحل فيها بأمرين قوله: **(وغيرهما)** كالخاتنة والشاهد على الزنا قوله: **(فلو كان)** أي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن مقصوده الطلاق، وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات. واختلفوا في الوطء في الدبر، أشار القدوري إلى أنه ليس برجعة، والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها، ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول، وقيل: بالعكس، وقيل: بهما. ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال: وطئتها وأنكرت له الرجعة. ولو قال: لم أدخل بها لا رجعة له عليها. وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح، والمستحب أنه يراجع

النكاح. وقلنا: هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا، وهو إشارة إلى قوله؛ ألا ترى أنه سمي إمساكاً وهو الإبقاء. وقوله: **(وسنقرره)** إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها إلخ. وقوله: **(والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة)** جزء الدليل. وقوله: **(كما في إسقاط الخيار)** دليله. وتقريره: الرجعة استدامة الملك، والفعل قد يقع دليلاً على الاستدامة كما في إسقاط الخيار، فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار، كما إذا أسقط بالقول، بل هنا أولى لأنه في البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل وهو البيع، أما ههنا فلا

قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء. ودواعيه إلخ)** أقول: لا يخفى عليك ما في هذا التقرير قوله: **(والفعل قد يقع دليلاً على الاستدامة)** أقول: ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف، لكن لك أن تقرره على هذه الصورة: الرجعة استدامة الملك، وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلاً عليه قوله: **(فلا يحتاج إلى رفع الطلاق إلخ)** أقول: بل هو باق حكماً ولهذا بملكها بعده بالطلقتين إذا لم تتزوج بآخر قوله: **(بل يحتاج إلى دفع ما)** أقول: وهو انقضاء العدة على تلك الحال قوله: **(لولاه)** أقول: أي لولا دفعه قوله: **(لزال)** أقول: يعني النكاح قوله: **(وهذه الأفاعيل تختص به إلخ)** أقول: استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف.

besturdubooks.wordpress.com

خصوصاً في الحرة، بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما، والنظر إلى الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها. قال: **(ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين، فإن لم يشهد صحت الرجعة)** وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح، وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد، ولأنه استدامة للنكاح، والشهادة ليست شرطاً فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء، إلا أنها

بالقول. وفي الينابيع: الرجعة سنية وبدعية، فالسنية بالقول: قوله: **(وهو قول مالك)** المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه، وكذا في شرح الطحاوي كقولنا: فكان ما ذكره المصنف رواية عنه، وكذا المنسوب إلى الشافعي قول: له غير معمول به عند أصحابه فإنه قال: في «البسيط» وفي «الجديد» للشافعي: الإشهاد مستحب، وفي الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر قوله: **(ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد)** كقوله تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩] وقوله **﴿فأمسكوهن بمعروف﴾** [البقرة: ٢٣١] وقوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] وقوله **﴿فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾** [البقرة: ٢٣٠] وقوله ﷺ «مر ابنك فليراجعها»[١] وهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى **﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾** ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله **﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾** واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضاً بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضاً بالنسبة إلى المراجعة، فيكون الندب المراد به شاملاً لهما وهذا على قولنا. أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم: به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلاً؟ قوله: **(كي لا تقع في المعصية)** قيل: عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة. ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر. واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها،

يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع. لما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج إلى أن يعينه فقال **(والدلالة)** أي الدليل **(فعل يختص بالنكاح، وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح)** فتقع دلالة. وقوله: **(خصوصاً في الحرة)** لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح، وأما في الأمة فيحل به وبملك اليمين أيضاً **(بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدونه النكاح كما في القابلة والطبيب)** والخاتنة، والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة. **(والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة، فلو كان النظر إليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها)** وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى **﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾** قال: **(ويستحب أن يشهد على الرجعة)** إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين أشهدا عليّ بأني راجعت امرأتي **(وإن لم يشهد صحت الرجعة. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تصح، وهو قول مالك)** وهو غريب لأنه لا يوجب الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطاً على الرجعة **(لهما قوله تعالى ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الإشهاد)** وهو قوله تعالى **﴿فأمسكوهن بمعروف﴾** وقوله تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف﴾** وقوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** قوله تعالى **﴿فلا**

---

(١) تقدم في طلاق الحائض رواه الجماعة من حديث ابن عمر.

besturdubooks.wordpress.com

تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها، وما تلاه محمول عليه، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع في المعصية (**وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة، وإن كذبته فالقول قولها**) لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهماً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (**وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله**) وقالا: تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة، ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن

وليس السؤال إلا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان إعلامه إياها إذ هو أيضاً لمثل ذلك، فإذا كان مستحباً لأنه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحباً لأنها في النكاح كذلك. ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الأول[1] أو لا قوله: (**وإذا انقضت العدة إلخ**) هنا مسئلتان: الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال: بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها. والثانية قال: قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء. أما الأولى فإما أن تكون المرأة أمة أو حرّة، وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه، ففي الحرة إن

جناح عليهما أن يتراجعا﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «مر ابنك فليراجعها» وقوله: (**ولأنه**) أي الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (**واستدامة للنكاح**) كما تقدم، والاستدامة إنما هي حالة البقاء (**والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء**) بالاتفاق فكانت (**كالفيء في الإيلاء**) في أن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (**إلا أنها**) أي الشهادة (**مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها**) أي في الرجعة (**وما تلاه**) يعني من قوله تعالى ﴿**وأشهدوا ذوي عدل منكم**﴾ (**محمول عليه**) أي على الاستحباب دفعاً للتناكر، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق به كما في قوله تعالى ﴿**وأشهدوا إذا تبايعتم**﴾ بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال: ﴿**أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا**﴾ (**وهو**) أي الإشهاد (**فيها**) أي في المفارقة (**مستحب**) فكذا في الرجعة. واعترض بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى ﴿**وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**﴾ وأجيب بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الأخرى، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها، وإنما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما وإحداهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب، فكذلك الأخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (**ويستحب أن يعلمها**) بالرجعة، لأنه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فإنها قد تتزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئاً بترك الإعلام، ولكن ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقه، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير. فإن قيل: كيف تكون عاصية بغير علم؟ أجيب بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لأن التقصير جاء من جهتها (**وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة، فإن صدقته فهي رجعة، وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال**) وكل من فعل كذلك فهو متهم، وذلك يقتضي أن لا تصح الرجعة وإن صدقته أيضاً (**إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة. ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وقد مر في كتاب النكاح. وإذا قال الزوج قد**

قوله: (**فكانت عاصية زوجها أوقعها فيه مسيئاً إلخ**) أقول: ممن قبيل حذف الموصول قال المصنف: (**وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله**) أقول: قال الزيلعي وابن الهمام: تستحلف المرأة هنا بالإجماع على عدتها كانت منقضية حال إخبارها اهـ. فيه بحث لأن الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة؟ وجوابه أن المراد أنهما لو قالا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة، ونظير ذلك في المزارعة فراجعها قوله: (**والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه إلخ**) أقول: الظاهر سبق المخبر به وإلا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شيء، ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء، أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفاً بالمخبر به.

---

(١) صوابه الثاني إذ لا رجعة مع عدم دخوله، قاله العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

bestudubook.wordpress.com

الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف، ولو

صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى، وإن كذبته لا يثبت لأنه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه، ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة، بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه إنشائه كأن يقول: في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبته لأنه ليس متهماً فيه لتمكنه من أن ينشئه في الحال أو يجعل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله، فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الإنشاء، وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقاً وكذبه المالك لا يقبل قوله: إلا ببينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك، ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب إلى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة، وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الأمة إذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها: عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول: للمولى. واختلف في قوله أبي حنيفة، والصحيح أنه كقولهما، وستأتي أوجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله: للحرة وبين قوله: للأمة بالمسئلة الثانية، وهي إذا قال: قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول: وأما المسئلة الثانية، فإن قالت: مجيبة انقضت عدتي مفصولاً لا تثبت الرجعة اتفاقاً لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور. ولو قيل: وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن، وإن قالته موصولاً بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة. ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء، فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك. وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهراً لبقائها ظاهراً ما لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال: طلقتك فقالت مجيبة: انقضت عدتي لحقها طلقة أخرى، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة في الإخبار شرعاً فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح، كما لا يقع الطلاق في قوله: طالق مع انقضاء عدتك، وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها: انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة، ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده. قيل: والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه، ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقراراً، فإذا ظهر أنه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع. نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء فلج[1] وقال: لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لأنه مقرّ على نفسه والأوجه فيما إذا ادعى صحيته إن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأوّل وراجعتك بالعكس. فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع، وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها. والفرق لأبي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوّج والاحتباس في منزل الزوج جائز، بخلاف الرجعة وغيرها من

راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي) فأما إن قالت ذلك متصلاً بكلام الزوج أو بعد مكث فإن كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وإن كان الأول لم تصح عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قالا: الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهراً إلى أن تخبر، وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة **(ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له انقضت عدتي وقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء)** إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين **(وأقرب أحواله حال قول الزوج)** فإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة. ولا نسلم أن مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف، ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع

---

(١) تلجلج في صدره شيء تردد.

besturdubooks.wordpress.com

كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: القول قول المولى)** لأن بضعها مملوك له، فقد أقرّ بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح، وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها، فكذا فيما يبتني عليها، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى، وكذا

الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة قوله: **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عنده، وقالا: للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه)** وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح. ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره عليها، بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول: إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلاً، فكذا فيما ينبني عليها، وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونها لها فيما ينبني عليها إلا إذا وقع لازماً لوجود قولها في العدة قولاً: أي بأن تدعي فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازماً لذلك، لأن كون القول قولها: فيها ما ثبت إلا لأجل أن القول لها: في المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها، وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها، وإنما ادعى في حال كونه لا ملك له عليها أنه راجعها قبل الانقضاء، وهي منكرة أن يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها قوله: **(ولو كان على القلب)** بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق.

وقوله: في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضاً. وقال بعض أصحابنا: لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة، ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا، إذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها. وفي المبسوط: لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح. ووجه الفرق لأبي حنيفة أنها منقضية العدة في الحال، ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله، بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقرّ بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها قوله:

بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به **(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها)** وهي في العدة فإما أن يصدقه المولى والأمة أو يكذباه، أو يصدقه المولى وتكذبه الأمة أو بالعكس، فإن كان الأول صحت الرجعة بالاتفاق، وإن كان الثاني لم تصح بالاتفاق إلا إذا برهن، وإن كان الثالث وليس له بينة **(فالقول قولها عند أبي حنيفة، وقالا: القول قول المولى لأن البضع مملوك)** له بعد انقضاء العدة، معناه منافع البضع، فكان الإقرار بها للزوج إقرار بما هو خالص حقه فلا مرد له، وكان كالإقرار عليها بالنكاح، بأن يقر بأنه زوّج أمته من فلان **(وهو)** أي أبو حنيفة **(يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة)** وانقضائها، وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يقول القول قوله في ذلك لكونه أميناً **(والقول في العدة قولها)** فحكم الرجعة يبتني على قولها، ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره، وذلك لأنه لما صدقه في الرجعة لم يبق له منافع بضعها، فأنى يكون له إقرار بما هو خالص حقه، بخلاف الإقرار بالتزوّج فإنه إقرار بذلك وكان الفرق بينا وإن كان الرابع، وعبر عنه المصنف بقوله: **(ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى)** لأن منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهي منكرة **(وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضة العدة في الحال)** بالاتفاق، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها. أي عند

besturdubooks.wordpress.com

عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال، وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة **(وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها)** لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به **(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل)** لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة، بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله، وهذا

(وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به) دون غيرها: أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها: إني حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد. ولو قالت ولدت: يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها إلا ببينة، أو قالت أسقطت سقطاً مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق، ولا فرق في هذا بين الحرة والأمة قوله: **(أو يمضي عليها وقت صلاة)** أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير ديناً في ذمتها، فإن كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير، وإن كان في أوّله لم يثبت هذا حتى يخرج لأن الصلاة لا تصير ديناً إلا بذلك، وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر قوله: **(بخلاف ما إذا كانت كتابية)** فإنه لا يتوقع في حقها أمارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لأن الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها، فبمجرد الانقطاع وإن كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها قوله: **(وتنقطع إذا تيممت وصلت)** أي فرضا أو نفلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى قوله: **(حتى يثبت به من الأحكام)** برفع يثبت لأن حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل، والمراد بالأحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف، وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله، ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط، ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت، وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى. ولا يشكل عليه أنه لا يحل لها التزوّج بآخر بالاتفاق لأن التيمم وإن قام مقام الغسل هو أضعف منه، والاحتياط في التزوّج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة قوله: **(ولهما أنه ملوّث غير مطهر)** أي حقيقة لا شرعاً كذا في الدراية. ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للأوهام مستعيناً فيه بالملك العلام مصلياً على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول: هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه: أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافاً له، وهو مبني أن التيمم طهارة مطلقة أوّلاً، فقال: إنها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة

الرجعة، ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام إشارة إلى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا إليه. قوله: **(وإن قالت قد انقضت عدتي)** ظاهر والضمير فيه راجع إلى الانقضاء. قال: **(وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة)** كلامه واضح. وقوله: **(بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة)** يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة ديناً في ذمتها وهو من أحكام الطاهرات. وقوله: **(وإذا تيممت وصلت)** أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله: **(حتى يثبت به من الأحكام)** يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن وإباحة الصلاة وسجدة التلاوة. وقوله: **(والأحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية)** يعني أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم، أما قراءة القرآن فلأنها ركن الصلاة. وأما المسجد فلأنه مكان الصلاة. وأما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فإنه يجوز أن تقرأ في صلاتها آية السجدة. ولقائل أن يقول: الحاصل من

besturdubooks.wordpress.com

استحسان وقال محمد رحمه الله: إذا تيممت انقطعت، وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته. ولهما أنه ملوّث غير مطهر، وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات، والأحكام الثابتة أيضاً

به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها. فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه. وصرح في النهاية في تقريره بأن التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء، إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث، وهنا إلى شيئين الحدث والماء. ثانيها باب الإمامة في مسئلة اقتداء المتوضىء بالمتيمم فافترقوا فيها، فقال محمد: هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضىء به، وقالا: مطلقة فيجوز. وثالثها هنا فافترقوا أيضاً إلا أنهم عكسوا كلمتهم، فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة: أحدهما قوله: في الإمامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة. والثاني أن بعد ما قال في الإمامة: إنها ضرورية قال: هنا مطلقة. ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما: هناك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة، وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما: أنه لا يزيل الحدث بيقين، ولهذا عند رؤية الماء إنما يصير حدثاً بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعاً. والجواب أنه لا شك أن في التيمم جهة الإطلاق وجهة الضرورة، وفيه أيضاً أنه ملوّث في نفسه مغبر لا يطهر: أي لا ينظف، فمعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث مطلقاً كالماء إلى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء، ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء إكراماً لهذا النبي الكريم ﷺ وأمته، ولذا كان من الخصائص، وهذا لا يفيد الإخلال بمعنى الإطلاق إذ حاصله أنه بيان سبب شرعيته. ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وإنما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء، وأما كونه ملوّثاً ومغبراً فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيراً بين الماء والتراب ابتداءً، فإنه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الأعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع إلا للضرورة المتحققة من الحاجة إلى الأداء مع عدم الماء تكريماً لنبينا محمد ﷺ، فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعاً للحاجة المذكورة. إذا علمت هذا فقولهم: مع الشافعي إنها مطلقة: أي تزيل الحدث، ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم: إنها ضرورية على ما سمعت، فمن قال: إنها مطلقة في موضع وقال: في آخر إنها ضرورية لم يكن مناقضاً أصلاً. وقول: من ذكر في تقريره إنه لا يرفع بيقين حاصله أنه فرّق بينه وبين الماء فإن الماء يرفعه بيقين، وهذا يرفعه ظناً للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد مانعية، فعلى الأول لا يرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد، غير أن الراجح هو الظن. والثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى، وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيقي قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية، وعلى هذا فلا إشكال في ارتفاعه بالتيمم، وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه، إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء، والدليل الملجىء إلى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثاً ثم النظر في وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه، فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين، فالاحتياط في اقتداء المتوضىء

دليلهما أن التيمم طهارة ضرورية وإن الضرورة إنما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة. وقد تقرر من الأصول أن الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وإن وصلت ما لم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة. والجواب أن الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع

besturdubooks.wordpress.com

ضرورية اقتضائية، ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما، وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة **(وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة، وإن كان أقل من عضو انقطعت)** قال رضي الله عنه: وهذا استحسان. والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر. والقياس

بالمتيمم أن لا يصح، ولا يعلل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبر لها فيقول: لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف. وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعلل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا، وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد، والباقي بعد هذا إنما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم. وعندي أن قولهما: في الاقتداء أحسن من قول محمد، وقول محمد: في الرجعة أحسن من قولهما: لأن الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الأحكام عندنا، فعلمنا أنه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضىء به وتنقطع به الرجعة خصوصاً والاحتياط في ذلك واجب. هذا ولقائل أن يقول: إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ﴿ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] لخلوه عن اشتراطه، فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص. فإن أجيب بأن تعين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعاً، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفاً على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله. ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا إنه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته، وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة إلا مقيداً، هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوّجت قبل الغسل ظهر صحته، وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس، والله أعلم قوله: **(والأحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية)** إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه، وكذا اللمس لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتقان، وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة قوله: **(وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة)** قال في المبسوط: وهو الصحيح، فإن فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها، ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد، قال الكرخي: تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات، وقال الرازي: لا تنقطع به قوله: **(وإن كان أقل من عضو انقطعت)** وذلك كنحو الأصبع، كذا في «المحيط» و «الينابيع»، وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل قوله: **(والقياس في العضو، إلى قوله: والقياس فيما دون العضو)** الحاصل أن الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان، فالقياس في العضو أن تنقطع لأن للأكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لأنها لم تخرج إلى حكم الطاهرات. ولا يخفى تأتي كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي أن يتعارض في

الحيض، ومن لوازم انقطاعه مضي المدة، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة، ولازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته. وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الإمامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفي **(وإذا اغتسلت ونسيت من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو كأصبع ونحوه انقطعت. قال المصنف: وهذا استحسان)** اعلم أن محمداً لم يذكر في كتبه، وضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه، وروى أنه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه، فإن القياس أن تنقطع الرجعة لأنها غسلت أكثر البدن، وللأكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن، وفي الاستحسان لا تنقطع لأن العدة باقية لعدم الطهارة، وعند محمد فيما دونه، **فالقياس أن تبقى الرجعة** لبقاء الحدث، والاستحسان أن تنقطع لأن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم

besturdubooks.wordpress.com

فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ. ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوّج أخذاً بالاحتياط فيهما، بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه: هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الأعضاء **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة)** لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله ﷺ: «الولد للفراش» وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك

كل منهما قياسان: قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع لرجعة، وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها. ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني، إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء لشيء وعدمه، فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة، وإذا ظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل. على أن كون أن للأكثر حكم الكل قياساً ممنوع، بل إنما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لا أنه مطرد شرعاً ممهد. ثم وجه التفصيل المذكور أن ما دون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء غير بعيد، وبتقديره تنقطع الرجعة، فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطاً، ولم يجز لها أن تتزوّج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطاً في أمر الفروج، حتى إنها لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدها إلى إخلاء ذلك الموضع عن الإصابة. قلنا: لا تنقطع الرجعة، بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة يبعد فيه جداً لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع قوله: **(وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو)** الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو. وعنه وهو قول محمد: كترك ما دون العضو قوله: **(لأن في فرضيتهما)** أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافاً فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة، وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطاً، ولو بقي أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة قوله: **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه)** قبل الطلاق طلقها **(وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوّج جعل منه شرعاً لقوله ﷺ «الولد للفراش»**[1]) وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئاً وبطل زعمه في عدم الوطء

وصول الماء إليه، والمصنف أشار إلى ذلك بقوله: والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر، وهو إشارة إلى قياس أبي يوسف وبقوله، والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو إشارة إلى قول محمد. وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله إن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها، حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان محمد. وقال: **(بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف)** فلما لم يكن مبلولاً علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان أبي يوسف، فانظر حذق المصنف في هذا

قوله: **(والجواب أن الضروري إلخ)** أقول فيه بحث، فإنه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله في المسألة الآتية: ولا يحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط، فإن انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس إلا ما يلزمه حل التزوج فليتأمل قال المصنف: **(بمنزلة ما دون العضو)** أقول: يجوز أن يحمل على تقدير المضاف: أي بمنزلة ترك ما دون قال المصنف: **(لأن في فرضيته اختلافاً)** أقول: أي فرضية غسله في الغسل إن أرجع ضمير هو إلى الفم والأنف، وإن أرجع إلى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا إلى تقدير المضاف، بل في قوله بمنزلة ما دون العضو أي غسل ما دون العضو، وإن أرجع إلى الترك: أي ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك قوله: **(والصريح يفوق الدلالة)** أقول: الدلالة إذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلاً عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك.

---

(١) رواه البخاري ومسلم وقد تقدم مستوفياً.

besturdubooks.wordpress.com

متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى. وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق، لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة. قال: **(فإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة)** لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعاً، بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتني على

المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة، وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب إقراره ذلك، بخلاف ما لو أقر بعين في يد غيره لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذباً شرعاً بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له، وبخلاف ما لو قال: في عبد إنسان إنه حر الأصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه. فالحاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان، وإذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة، بخلاف إقراره بما يثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في إقراره بالحرية وثبت الحكم بها، وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق. فإن قلت: كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوماً شرعياً لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازماً وقد فرض اعتباره لازماً. فالجواب أن الامتناع في اللزوم العقلي. أما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه، وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلاناً أحق بها من غيره، فإذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه قوله: **(ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان)** أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى قوله: **(وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق)** أي في مدة تصلح بأن تلد لستة أشهر فصاعداً من يوم النكاح كما قدمنا قوله: **(وأغلق باباً)** المناسب أو أغلق بأو كما فعل في أرخى لا بالواو لأن كلاً منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله بإثباتها لا مباين لها قوله: **(لأن تأكد الملك بالوطء)** إذ بعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة، وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلاً حق نفسه من الرجعة قوله: **(ولم يصر مكذباً شرعاً إلخ)** جواب عما قد يقال: إنه هنا أيضاً صار مكذباً شرعاً حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعاً إنزالاً له واطئاً شرعاً فمنع كونه بناء على ذلك شرعاً أو على ما يستلزمه، بل هو بناء على تمام تسليم المبدل

الإدراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره، جزاه الله عن المحصلين خيراً **(وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل)** والواو بمعنى أو لأن الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه، وذلك لأن حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة (و) في رواية أخرى **(عنه)** وهو رواية الكرخي عن محمد **(هو)** أي كل واحد منهما **(بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً)** فإن المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك الشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة **(بخلاف غيره من الأعضاء)** فإنه لا خلاف لأحد في فرضيته.

قال: **(ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة)** فله ذلك، ولا معتبر بقوله لم أجامعها لأنه ظهر الحبل في مدة يتصور أن يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك، ومتى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله: **(عليه الصلاة والسلام «الولد للفراش»)** الحديث **(وذلك)** أي جعل الحمل منه **(دليل الوطء منه، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً)** لأنه لا يتصور بدونه **(وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه)** أنه لم يجامعها **(بتكذيب الشارع)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن النسب يثبت دلالة، وقوله لم أجامعها صريح. والصريح يفوق الدلالة. والثاني أنه أقر بقوله لم أجامعها لسقوط حق مستحق له، وتكذيب الشارع لا يرده، كما لو

besturdubooks.wordpress.com

تسليم المبدل لا على القبض، بخلاف الفصل الأول **(فإن راجعها)** معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها **(ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة)** لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقرّ بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام **(فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة)** معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليه بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير

وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها، ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذباً شرعاً وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط في إثباتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتصير العدة قائمة شرعاً ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك. وقول إمام الحرمين: إن العدة تستدعي سبباً في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة، ولو قال: جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء قوله: **(بخلاف الفصل الأول)** يتصل بقوله: لم يصر مكذباً شرعاً، وعني به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله: لم أجامعها حيث جعله واطئاً حكماً لأن الرجعة تنبني على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء فتثبت قوله: **(معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها)** أي ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء، فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت: أي ظهر صحتها قوله: **(لأن على اعتبار الثاني)** وهو إنزاله واطئاً بعد الطلاق، وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطء إذ المؤدي على عبارته هكذا على اعتبار إنزاله واطئاً بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم، وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها قوله: **(والمسلم لا يفعل الحرام)** فإن قيل: والظاهر منه أيضاً أنه لا يكذب، فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة قوله: **(وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين)** إن فيه للوصل، فأفاد أن قوله بعد ستة أشهر معناه: أي فصاعداً أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة، لأن الثاني يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لأن امتداد الطهر لا غاية له إلا الإياس وبه يصير مراجعاً، بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقاً رجعياً لو ولدت لأقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة، وفي أكثر من سنتين يكون رجعية لاحتمال العلوق قبل الطلاق

أقر بعين لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذباً شرعاً. وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع. وعن الثاني بأنه لم يتعلق ههنا بإقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع، بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به. وقوله: **(ألا ترى)** توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء **(فلأن يثبت به الرجعة)** التي ليست فيها جهة العقوبة **(أولى)** وقوله: **(وتأويل مسئلة الولادة)** ظاهر **(فإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً)** على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو، وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى ستراً بالواو والأول أصح **(ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه)** فإن قيل: قد صار مكذباً شرعاً لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملاً إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول. أجاب بقوله **(ولم يصر مكذباً شرعاً لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض)** ومعناه إنما يصير مكذباً شرعاً أن لو كان كمال المهر مستلزماً للقبض وهو الوطء وليس كذلك، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة، إذا التسليم عبارة عن رفع الموانع

besturdubooks.wordpress.com

مراجعاً **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الأول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث)** لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة، وبالثاني صار مراجعاً لما بينا أنه يجعل

في الأول دون الثاني، وإن هذا الاحتمال سقط هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة، بخلاف ما إذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فإنهما حينئذ من بطن واحد إذا لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق قوله: **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة)** وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر، فإن كان أقل فهما توءمان فيقع طلقتان بالأولين لا غير إذ بالثالث تنقضي العدة، ولو كان الأولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالأول لا غير، وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء، وإذا كانوا في بطون فالوالد الثاني رجعة، وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة، وبالولد الثاني صار مراجعاً لما بينا أن العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعاً. وقوله: وبالثاني صار مراجعاً معناه ظهر به الرجعة سابقاً ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لأن اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئاً أصلاً على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء قوله: **(تتشوّف)** التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله

بين المسلم والمسلم إليه ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب **(بخلاف الفصل الأول)** لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب **(فإن راجعها بعدما خلا بها وقال لم أجامعها)** يعني وإن كان لا يملكها **(ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة)** أي الرجعة السابقة **(لأن النسب ثابت منه لعدم الإقرار منها بانقضاء العدة)** ولاحتمال المدة **(فإن الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك إلا بالدخول فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده)** لأن فيما بعده يكون الوطء حراماً لزوال الملك بنفس الطلاق: يعني إلا إلى عدة لأن الفرض عدم الوطء قبله لأنه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام، وإن كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة. قال: **(فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق)** ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولداً ثم ولدت ولداً، فإما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا، فإن كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثاني، وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول فلا يثبت به الرجعة وإن كان الأول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لأن الولادة الثانية رجعة، ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وإن كان أكثر من سنتين)** إن للوصل: أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لأن الولد الثاني مضاف إلى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة **(وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق)** على ما ذكره في الكتاب واضح. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول إلخ. وقوله: **(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين)** التشوف خاص في الوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها. وقوله: **(إذا النكاح قائم بينهما)** يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق. فإن قيل: لو كان النكاح قائماً بينهما لجاز أن يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره. أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** فإنه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى **﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منهياً عنها. فإن قيل: لم لا يكون نفس المسافرة دليلاً على الرجعة. أجيب بأن الإخراج منهي عنه والرجعة

قوله: **(وإن كان لا يملكها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين)** أقول: أي لا يملك الرجعة.

besturdubooks.wordpress.com

العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالأقراء لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق **(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين)** لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعاً **(ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه)** معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول العدة عليها **(وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها)** وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: له ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يغشاها عندنا. ولنا قوله تعالى: **﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن﴾** الآية، ولأن تراخي عمل

قوله: **(إذ النكاح قائم بينهما)** وكذا جميع أحكامه من التوارث. ولو قال: كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** [الطلاق: ١] نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى- **﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** [الطلاق: ١] أي يبدو له أن يراجعها، ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام. قيل: ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها. وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة، وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا، وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها إلى ما دونه لأن الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج، وكما يكره السفر بها تكره الخلوة إذ قد ينظر نظراً يصير به مراجعاً وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي إلى تطويل العدة عليها وذلك حرام. وقال «السرخسي»: إنما تكره الخلوة إذا لم يأمن غشيانها إذ يصير مراجعاً لها بغير إشهاد وهو مكروه، ومقتضى هذا أنه إذا أمن لا يكره، وأن كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية، ولم يلتفت «شمس الأئمة» إلى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعةً كأنه لبعده جداً حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج، وقل: أن يقع مع الخلوة، حتى إن الإنسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمده قصداً حالة الجماع، لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله: لأن تراخي عمل المبطل: يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته: أي لحاجة الزوج إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة: أي العدة ظهر أنه لا حاجة إلى الرجعة فتبين أن المبطل عمل الإبانة من وقت

مندوب إليها وهما متنافيان. وقوله: **(ولأن تراخي عمل المبطل)** دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة ولا حاجة له إليها فلا تراخي. أما أن التراخي كذلك فقد علم مما تقدم. وأما عدم حاجته إليها فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له إليها، وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها، وأما إذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه. وأجيب بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد، وفيه نظر لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة، ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضاً يثبت بالتبيين كعمل المبطل، وإذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده، ولهذا يحتسب الأقراء من العدة، ولو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة لما احتسب الأقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق، وإذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديراً حين لم يرد الرجعة فكأنما أنه لا يملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح. وقوله: **(على ما قدمنا)** يعني في أوائل الباب حيث قال: ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين، وإن لم يشهد صحت الرجعة **(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء. وقال الشافعي رحمه الله: يحرمه لأن حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق.**

besturdubooks.wordpress.com

المبطل لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده لهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج. وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه **(والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء)** وقال الشافعي رحمه الله: يحرمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق. ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى يوجب استبداده به، وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء إذ الدليل ينافيه والقاطع آخر علمه إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم، والله أعلم بالصواب.

وجوده وأن مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة، ويقتضي أنه لو راجعها ظهرت حاجته، وأن المبطل لم يعمل أصلاً فيتبين أن الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية، والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة، فلو كان المبطل مقتصراً على انقضائها لم تحتسب واحتيج إلى عدة مستأنفة. والأوجه تحريم السفر مطلقاً لإطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور أن الخلوة بأجنبية غير ضائر إذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعاً ما يباح من الزوجة قوله: **(وذلك)** يعني استبداده به **(يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء والدليل ينافيه)** أي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه: أي ينافي الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطاً، ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ما قدمنا في أول الباب من النصوص فارجع إليه قوله: **(والقاطع إلخ)** جواب عن قول الشافعي: الزوجية زائلة لوجود القاطع. قلنا نعم وجد، ولكن أخر عمله إجماعاً لأن الإجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر. أو نقول: تأخر عمله نظراً للزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت نظراً له، والله سبحانه أعلم.

ولنا أن الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها، وهذا المقدار كان كافياً في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم، وهذا المعنى: أي ثبوته نظراً له يوجب استبداده به: أي بالرجعة بتأويل الرجوع إذ لو لم يكن مستبداً به لما تم النظر لأنه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة **(واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء)** إذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة إنشاء لأن الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق إلا في القائم وكانت الزوجية قائمة. وقوله: **(والقاطع)** جواب عن قوله لوجود القاطع، ومعناه أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لأنه أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم: يعني قوله يثبت للزوج نظراً له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم إلى مدة نظراً لمن له الخيار.

besturdubooks.wordpress.com

فصل فيما تحل به المطلقة

(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوّجها في العدة وبعد انقضائها) لأن حل المحلية باق لأن زواله

فصل فيما تحل به المطلقة

لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره قوله: **(لأن حل المحلية)** تركيب غير صحيح، والصحيح أن يقال: لأن حل المحل باقٍ أو لأن المحلية باقية، وهذا لأن المحلية هي كون الشيء محلاً ولا معنى لنسبة الحل إليها إذ لا معنى يحل كونها محلاً قوله: **(لأن زواله)** مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم للزوال قوله: **(ومنع الغير)** جواب عن مقدر، والمتبادر من العبارة أن يقال: ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوّج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الأجنبي دون الزوج وهو سهل، وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص، قال الله تعالى **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** الآية يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوّجها في العدة؟ وحاصل هذا استشكال الإطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه. والأول طلب الفرق. قلنا: عمومه في ضمير . تعزموا ، وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول. وحكمة شرعية العدة في الأصل أن لا يشتبه النسب **(ولا اشتباه في إطلاقه)** أي إطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لأن الماء ماؤه فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وأطلق، وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص: أعني الإجماع، لأن الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم إطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من إطلاقه، وعدم المانع لا يعلل به، لكن المعنى أنه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الإجماع، وبسطه أن العدة بعلة الحاجة إلى دفع الاشتباه فوجود الحاجة إلى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوّج، ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها إلا أنه وجد المقتضي للعدم لأن العلة لا تؤثر في العكس: يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم: أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] إما بعلة أخرى، إما أن يكون إظهاراً لخطر المحل إذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب، بخلاف ما لو أطلق مطلقاً كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض، ولم يمكن إخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة **(وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية)** وهو كونها آدمية ليست من المحرمات **(باقٍ لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة)** لقوله تعالى **﴿فإن طلقها فلا تحل له﴾** على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله. ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا. والجواب أنه معدوم بعدمه الأصلي إذ العلة لم تصر علة بعد، وإذا كان حل المحل باقياً جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها. فإن قيل: هذا تعليل في مقابلة النص، قال الله تعالى **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقاً، والتعليل في مقابلته باطل. أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب، ومعناه أن المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لأن المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في

فصل فيما تحل به المطلقة

قال المصنف: (فينعدم قبله) أقول: وتذكير الضمير الراجع إلى الطلقة لتأويله بالطلاق.

قوله: **(أجاب بقوله ومنع الغير في العدة، إلى قوله: إذ الاشتباه إنما يكون إلخ)** أقول: هذا أيضاً من قبيل التعليل في مقابلة النص، والأولى أن يقال: خص منه المطلق بالإجماع قال المصنف: **(وإن كان الطلاق ثلاثاً)** أقول: لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات.

besturdubooks.wordpress.com

معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها)**

غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقاً تعبدية قوله: **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إلخ)** لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولاً بها أو غير مدخول بها لصريح إطلاق النص، وقد وقع في بعض الكتب أن في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لا يحل لمسلم رآه أن ينقله فضلاً عن أن يعتبره لأن في نقله إشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الأمر فيه، ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع، نعوذ بالله من الزيغ والضلال. ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والأمر فيه من ضروريات الدين لا يبعد إكفار مخالفه قوله: **(والمراد)** أي المراد بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** [البقرة: ٢٣٠] **(الطلقة الثالثة)** لأن ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال **﴿الطلاق مرتان﴾** [البقرة: ٢٢٩] ثم قال **﴿فإن طلقها﴾** أي الثالثة هذا قول الجمهور. وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هي قوله **﴿أو تسريح بإحسان﴾** [البقرة: ٢٢٩] فإن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله ﷺ فقال «عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة؟ فقال: في قوله . أو تسريح بإحسان »[1] كذا في «المبسوط»، وكأنّ المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** إذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله **﴿فإن طلقها﴾** الثالثة لأنه عقبها بقوله **﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار، فإن الثاني ذكر شرطاً لإعطاء حكم الثالثة، والأول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة. وحاصله أن يقال شرعها ثلاثاً ورتب على الثالثة حكماً وبين ذلك بقوله **﴿الطلاق مرتان﴾** وبعدهما إما إمساك بمعروف أو تسريح بثالثة بإحسان، فإن طلقها الثالثة اختيار لأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فتحصل أن كليهما مراد به الثالثة قوله: **(لحل المحلية)** فيه ما سبق قوله: **(ثم الغاية)** أي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى **﴿فلا تحل له﴾** هو الزوج الثابت بقوله تعالى **﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾** فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثاً لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوّجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قوله: **(والزوجية)** مطلقاً، وكذا الزوج مطلقاً إنما يثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، أو لأنه المتبادر عند إطلاقه خصوصاً إذا كان مضافاً إلى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافاً إلى الماضي، لأن المراد في الأول

إطلاقه: أي في تجويز نكاح معتدته، إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون في معتدة الغير. واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع، ولا يجوز التزوّج في العدة. وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعي في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور. وأقول كما ذكرت: اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق. وأما أنه ملزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد **(وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾)** والمراد بقوله تعالى **﴿فإن طلقها﴾** الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل **(والثنتان في الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية)** لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف، وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحاً لأن الغاية نكاح زوج آخر مطلقاً حيث لم يقيد بصحة ولا فساد، والمطلق

(١) أخرجه البيهقي ٧/ ٣٤٠ وسعيد بن منصور وعبد بن حميد وأبو داود في ناسخه وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم كما في الدر/ ٢٧٧ كلهم من حديث أبي رزين بهذا الحديث.
قال البيهقي: رواه بعضهم عن أنس والصواب كونه عن أبي رزين اهـ.
وإسناده جيد ورجاله ثقات وهو على شرط مسلم وانظر الدارقطني ٤/ ٤.

besturdubooks.wordpress.com

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ فالمراد الطلقة الثالثة، والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة، لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً، والزوجة المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء

التحصن والإعفاف وهو لا يحصل إلا بالصحيح، وفي الثاني صدق الإخبار وهو يحصل بالتزوّج فاسداً ولذا حنث في يمينه لم يتزوّج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوّج قوله: (وشرط الدخول ثبت بإشارة النص إلخ) ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء إنما يثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالسوق قوله: (حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة) يعني أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاماً، بخلاف ما إذا حملناه على الوطء وإن كان حينئذ مجازاً بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكين من حقيقته، فإن المجاز في الكلام أكثر من الإعادة هذا الوجه على العموم. ووجه آخر على رأينا وهو أن في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فإن حقيقته الوطء والزوج في الأجنبي مجاز باعتبار الأول، وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حينئذ حقيقة قوله: (أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على إرادة الوطء فيه قوله: (يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثاً فتزوّجت زوجاً غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول؟ قال: لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول»[1] وروى الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضي الله عنها قالت «جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبتّ طلاقي فتزوّجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير» بفتح الزاي لا غير «وإنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[2] وفي لفظ في الصحيحين: «إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات»[3]. وفي لفظ البخاري «كذبت والله يا رسول الله إني لأنفضها نفض

ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول (والزوجية المطلقة) أي الكاملة (إنما تثبت بنكاح صحيح) وإنما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى ﴿حتى تنكح﴾ على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة، فإن العقد استفيد كإطلاق اسم الزوج في قوله ﴿زوجاً غيره﴾، فلو حملنا

قال المصنف: (والزوجية المطلقة) أقول: جعل الإطلاق قيداً للزوج النكاح على كلا وجهي شرط الدخول فليتأمل قال المصنف: (وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة) أقول: قال الزيلعي: هكذا ذكر الأصحاب، وفيه نظر، فإن النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها. ويمكن أن يقال: يجوز نسبته إليها مجازاً كما يقال زانية مجازاً بالتمكين منه، وهذا أقرب من حمله على العقد لأن في حمله على العقد مجازين: أحدهما أن النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه، والثاني أن فيه تسمية الأجنبي زوجاً باعتبار ما سيؤول إليه، وفيه حمل اللفظ على الإعادة أيضاً، وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى انتهى. وفيه بحث لأن التمكين من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلازمه، إلا أن يقال: المراد التمكين المقارن للفعل وفيه ما فيه، ولا يبعد أن يقال؛ قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ﴿من قبيل﴾ ﴿عيشة راضية﴾ على الإسناد المجازي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٦١ ومسلم ١٤٣٣ ح ١١٤، ١١٥ وأبو داود ٢٣٠٩ والنسائي ٦/ ١٤٦ والبيهقي ٧/ ٣٧٤ كلهم من حديث عائشة. وأخرجه ابن ماجه ١٩٣٣ والبيهقي ٧/ ٣٧٥ كلاهما من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٦٠، ٢٦٣٩ وأطرافه في ٥٢٦١، ٥٢٦٥، ٥٣١٧، ٥٧٩٢، ٥٨٢٥، ٦٠٨٤ ومسلم ١٤٣٣ ح ١١١ والترمذي ١١١٨ والنسائي ٦/ ١٤٦ و ١٤٧، ١٤٨ والدارمي ٢١٨٤، ٢١٨٥ وابن ماجه ١٩٣٢ والبيهقي ٧/ ٣٧٣، ٣٧٤ والطيالسي ١٤٣٧، ١٤٧٣ وأحمد ٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨ و ٢٢٦، ٢٢٩ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة، وفي الباب روايات.

(٣) هذا اللفظ عند مسلم برقم ١٤٣٣ ح ١١٢ وقد تقدم.

besturdubooks.wordpress.com

حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر» روى بروايات، ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب. وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد **(والصبي المراهق في التحليل كالبالغ)** لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص، ومالك رحمه الله يخالفنا فيه، والحجة عليه ما بيناه. وفسره في الجامع الصغير وقال: غلام لم يبلغ ومثله

الأديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع إلى رفاعة، فقال رسول الله ﷺ: فإن كان كذلك لم تحلي له حتى يذوق عسيلتك» قال «وكان مع عبد الرحمٰن ابنان له من غيرها، فقال ﷺ بنوك هؤلاء؟ قال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: هذا وأنت تزعمين ما تزعمين! فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب»[1] وهو في الموطإ هكذا: أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمٰن بن الزبير «أن رفاعة بن سموءل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثاً في عهد رسول الله ﷺ فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها، فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله ﷺ وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة»[2] ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها «كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمٰن بن الزبير فطلقها فتزوّجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها» الحديث، وفيه «فقال والله ياتميمة لا ترجعي إلى عبد الرحمٰن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره»[3] قال: لم يروه عن أبي إسحاق إلا سلمة أبو الفضل قوله: **(ولا خلاف لأحد فيه أي من أهل السنة، أو المراد الخلاف العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله، واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل: لعل الحديث لم يبلغه قوله: (لا ينفذ)** لمخالفته الحديث المشهور. قال الصدر الشهيد: ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى. وهذا لأن شرعية ذلك لإغاظة الزوج حتى لا يسرح في كثرة الطلاق عوامل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح قوله: **(والشرط الإيلاج)** بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفاً بخرقة إذا كان يجد لذة حرارة المحل، فلو أولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا يفوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إن انتعش وعمل، والصغير الذي لا يجامع مثله أولى لأنه لا يجد لذة أصلاً، بخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به، وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء

النكاح على العقد كان ذلك تأكيداً والتأسيس أولى من التأكيد، وأما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي «طلق امرأته في عهد رسول الله ﷺ وهي تميمة، وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فأتت النبي ﷺ وقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة، فقال رسول الله ﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» وقد روى بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب، وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الأصول، وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه، وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الأتم فليطلب ثمة **(ولا خلاف لأحد فيه)** أي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب، وقيل هو قول بشر

---

(١) هذا اللفظ عند البخاري برقم ٥٨٢٥ وقد تقدم.

(٢) جيد. أخرجه مالك في الموطأ ٥٣١ حـ ١٧ من حديث الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير وكذا البيهقي ٧/ ٣٧٥.
تنبيه: لكن فيه «عبد الرحمن» بدل «عبد الله».
وقال الهيثمي في المجمع ٤/ ٣٤٠: رواه البزار والطبراني فذكرا فيه عبد الرحمن بن الزبير ورجالهما ثقات وقد رواه مالك في الموطأ مرسلاً وهو هنا متصل اهـ.
قال ابن عبد البر في التمهيد ١٣/ ٢٢٠: هكذا رواه يحيى عن مالك مرسلاً وتابعه عليه أكثر رواة الموطأ إلا ابن وهب فزاد فيه عن أبيه، وابن وهب أجلّ من روى عن مالك، فالحديث مسند متصل صحيح.

(٣) شاذ. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٣٤١ من حديث عائشة.
قال الهيثمي: فيه ابن إسحق مدلّس اهـ والصواب أنها كانت تحت رفاعة أولاً، فالخبر شاذ.

besturdubooks.wordpress.com

يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول، ومعنى هذا الكلام أن تتحرّك آلته ويشتهي، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة إلى الإيجاب في حقها، أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقاً. قال: **(ووطء المولى أمته لا يحلها)** لأن الغاية نكاح الزوج **(وإذا تزوجها بشرط التحليل**

يولج في محل المحل: أي في محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل. وفي المبسوط في رواية أبي حفص: إن كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها. وفي التجريد: لو كان مجبوباً لم يحل، فإن حبلت وولدت حلت للأول عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وفي الخلاصة: لو كان مسلولاً وجامعها حلت عند أبي يوسف خلافاً لزفر والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين، حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل، ولو تزوّج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثاً فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحلها، وإن كان يوطأ مثلها حلت وإن أفضاها قوله: **(دون الإنزال)** خلافاً للحسن البصري لا تحل عنده حتى ينزل الثاني حملاً للعسيلة عليه، ومنع بأنها تصدق معه ومع الإيلاج وإنما هو كمال. وفي مسند أحمد أنه ﷺ قال «العسيلة هي الجماع» انتهى. فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه إلا أن في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول قوله: **(وهو الشرط بالنص)** فيه نظر، إذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لأنه ﷺ شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضاً، وسواء كان حراً أو عبداً تزوّج بإذن المولى لا بغير إذنه عاقلاً أو مجنوناً إذا كان يجامع مثله مسلماً أو ذمياً في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم. ولو تزوجت عبداً بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للأوّل حتى يطأها بعد الإجازة، وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والإحرام وإن كان حراماً. رجل طلق زوجته فاشترى عبداً صغيراً له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها إياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج قوله: **(وفسره)** أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال: غلام لم يبلغ ومثله يجامع، وفي المنافع: المراهق الداني من البلوغ، وقيل: الذي تتحرّك آلته ويشتهي الجماع. وفي فوائد شمس الأئمة: إنه مقدر بعشر سنين. ولا تنس ما أسلفناه في باب الأولياء والأكفاء من اشتراط كون الزوج كفؤاً على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله إذا كانت زوّجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف: وهو المختار للفتوى في زماننا، وعلى هذا لو زوّجت الحرة نفسها عبداً لا تحل للأول بدخوله قوله: **(ووطء المولى لا يحلها)** لزوجها لما قدمناه من أن غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجاً قوله: **(بشرط التحليل)** أي بأن يقول: تزوّجتك على أن أحلك له أو تقول هي: ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له»[1] أما لو نوياه

المريسي. وقوله: **(غير معتبر)** لأنه مخالف للحديث المشهور ولهذا **(إذا قضى القاضي به)** أي بقول سعيد بن المسيب **(لا ينفذ، والشرط الإيلاج دون الإنزال، لأن الإنزال كمال ومبالغة فيه)** أي في الدخول، والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه-لأنه ذكر العسيلة وهي تصغير العسيلة وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالإيلاج، وكان التصغير دالاً على عدم الشبع بالإنزال **(ومالك يخالفنا فيه)** أي في اشتراط الإيلاج دون الإنزال، ويشترط الإنزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في إفادة التحليل **(والحجة عليه ما بيناه)** أن الإنزال كمال ومبالغه فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله: **(فسره)** أي المراهق **(في الجامع الصغير وقال: غلام لم يبلغ إلخ)** وهو ظاهر. قال: **(ووطء المولى أمته لا يحلها)** إذا طلق امرأة ثنتين وهي أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول لأن غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجاً. قال في شرح الأقطع: روي أن عثمان سئل عن ذلك وعنده عليّ وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا: هو زوج، فقام عليّ مغضباً كارهاً لما قالا وقال: ليس بزوج **(ولو تزوّجها بشرط التحليل)** بأن قال تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك **(فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل**

(١) هو الحديث الآتي.

besturdubooks.wordpress.com

فالنكاح مكروه) لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» وهذا هو محمله **(فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول)** لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده. وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره

ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح. والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعليّ وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين، والتخريج عن بعضهم يكفينا، فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»[1]. وصححه الترمذي. وحديث عقبة هكذا: قال رسول الله ﷺ «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»[2] رواه ابن ماجة. قال عبد الحق: إسناد حسن. وقال الترمذي: في علله الكبرى عن الليث بن سعد: ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولا روى عنه. ودفع بأن قوله: في الإسناد قال لي: أبو مصعب مشرح يرد ذلك. ورواه الدارقطني معنعنا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به[3]، ولذلك حسنه عبد الحق فإنه رواه من جهة الدارقطني، وإلا فالحديث صحيح عند ابن ماجة لأن شيخ ابن ماجة يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط، عثمان بن صالح المصري ثقة، أخرج له البخاري، ومشرح، وثقه ابن القطان، ونقل عن ابن معين أنه وثقه. والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره. قال الزيلعي في التخريج: المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد، لكن يقال لما سماه محللاً دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسداً لما سماه محللاً انتهى. وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه. أما الاعتراض فمنشؤه عدم اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي، فإذا ثبت بظني سموه مكروهاً وهو مع ذلك سبب للعقاب. وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلاً عن غيرها خصوصاً على ما يعطي كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراماً قوله: **(وهذا)** أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لأن عمومه وهو المحلل مطلقاً غير مراد إجماعاً وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة قوله: **(لأنه في معنى المؤقت)** والموقت في معنى المتعة، أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللاً لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطاً أو طالباً للحل ولأنه ملعون، وعقد النكاح نعمة، ولو كان

والمحلل له») فإن محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا، إذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن. وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده **(فإن طلقها)** يعني الذي شرط التحليل **(بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط. وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت)** كأنه قال تزوّجتك إلى وقت كذا **(ولا يحلها على الزوج الأول لفساده)** فإن من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم **(وعن محمد أنه يصح النكاح**

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٦/١٤٩ والدارمي ٢١٧٥ والترمذي ١١٢٠ والبيهقي ٧/٢٠٨ وأحمد ١/٤٤٨، ٤٦٢، ٤٥٠، ٤٥١ كلهم من حديث ابن مسعود زاد النسائي في أوله: الواشمة.
وهذا إسناد جيد قال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه ابن ماجه ١٩٣٦ من حديث عقبة بن عامر بإسناد واهٍ حيث أعلّه البوصيري في الزوائد لكنه أشار إلى رواية ابن مسعود وأن الترمذي حسّنه وورد من حديث علي أخرجه أبو داود ٢٠٧٦ والترمذي ١١١٩ وابن ماجه ١٩٣٥ والبيهقي ٧/٢٠٨ وأحمد ١/٨٣، ٨٧، ٩٣، ١٠٧، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠.
ومداره على الحارث الأعور، وهو ضعيف، وورد من حديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه ١٩٣٤ بإسناد واهٍ.
تنبيه: أقوى هذه الروايات رواية ابن مسعود.
قال ابن حجر في التلخيص ٣/١٧٠: حديث ابن مسعود صححه ابن القطان، وابن دقيق العيد على شرط البخاري اهـ.

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/٢٥١ عن مشرح بن هاعان وقوّاه الزيلعي ونقل عن عبد الحق أنه حسن وانظر نصب الراية ٣/٢٣٩.

besturdubooks.wordpress.com

الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورّث **(وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطلقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث.**

صحيحاً لم يلعن عليه، ويؤيده ما في مستدرك الحاكم: جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول؟ قال: لا إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ وصححه[1]. قلنا؛ كونه في معنى الموقت ممنوع، إذ تعيين نهايته لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى، وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه، واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع، وقول ابن عمر: لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث. وقوله: كنا نعده سفاحاً لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة قوله: **(لأنه استعجل)** حاصله أن المفسد وهو التوقيت منتفٍ لأنه بتوقيت، والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق محظور كقاتل المورّث، إلا أن هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى **﴿فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** [البقرة: ٢٣٠] فالحل كان ثابتاً ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره، فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتاً البتة، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة. ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوّجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد، فإذا قيل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح. وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضاً، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه. ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي ذلك، وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية، ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد، والعقود في مثله على قسمين: منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه، ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل. ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو، فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق. نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث، ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة. وما أورده السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصاً في غير محل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون بما هو معروف بين الناس متداول، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهوراً به. وهنا قول آخر: وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك هذا، ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر: كنا نعده سفاحاً في عهد رسول الله ﷺ[2] جواباً لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن أن يقال: إن مقتضى اللفظ إن تعلق اللعن إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أو لا، لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير في فعل الفاعل أو المفعول، فلو أراد تعليق اللعن به بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير قوله: **(ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين)** يعني إذا كان دخل بها، ولو لم يدخل لا

لما بينا) أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **(ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع)** لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الأول بعد موت الثاني، فبشرط التحليل يصير مستعجلاً للحل **(فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث)** وذكر في روضة الزندويستي أن أبا حنيفة قال: النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه إياها يجبره القاضي على ذلك، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي إياه. قال الإمام ظهير الدين: هذا البيان

قوله: **(لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني)** أقول: وفيه شيء.

(١) موقوف. أخرجه الحاكم ١٩٩/٢ عن عمر بن نافع عن أبيه، وقال: هذا حديث على شرط الشيخين ولم يخرجاه.
(٢) هو المتقدم.

besturdubooks.wordpress.com

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا يهدم ما دون الثلاث) لأنه غاية للحرمة

يهدم بالاتفاق، وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لوضعها في هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق في الأمة إلا هدم طلقة واحدة، لا لأنه لا هدم في الأمة أصلاً قوله: (وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة، فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال: كنت جالساً عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوّجت زوجاً غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوّجها على كم هي عنده؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال: ما تقول في هذا؟ قال: يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث، واسأل ابن عمر، قال: فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس[١]. وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال: هي عنده على ما بقي[٢]، ونحوه عن عليّ. ونقل عن أبي بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه قوله: (لأنه غاية للحرمة) أي لأن الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى ﴿فلا تحل له﴾ أي مطلقاً لا بنكاح ولا يملك يمين ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] فيكون: أي الزوج منهياً للحرمة، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت: أي ثبوتها فاللام بدل الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلاث فلا يكون منهياً قبلها، فصار كما لو تزوجها قبل التزوّج أو قبل إصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات. قلنا: قد عملنا بالنص وجعلناه منهياً للحرمة في صورة الحرمة الغليظة، لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقاً قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفاً. وجه الاستدلال أنه سماه محللاً، وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك. فإن قلت: تقدم آنفاً أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعاً أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة وإلا لتعلقت بالمتزوّج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا: شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديد شرعاً لأنه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه. قيل: لا شك أن الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل، فالمعنى حينئذ: لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل، فلا يكون شرط الحل مراداً بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر، ففيه حينئذ دليل على أن الزوج مثبت الحل، وتعليق اللعنة به إذا شرطه، وبه يندفع ما قدمناه، ويظهر أن المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث أن محمله لعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من أنه لا بد من كونه مثبتاً له. نعم يرد عليه ما قيل: إنه لما جعل محللاً في صورة الحرمة

لم يوجد في غيره من الكتب (وإذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات، ويهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعني أنه يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كأن لم يكن، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثاً جمعاً أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال: (محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج مالكاً بما بقي من الأول، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك، وهو قول عمر وعلي وأبيّ بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة. استدل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص، قال الله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ على ما تقدم، وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها، لأن المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهياً للحرمة، ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له») وجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني، وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني (سماه محللاً وهو المثبت للحل) ثم الحل الذي يثبت به

---

(١) موقوف حسن. أخرجه محمد بن الحسن كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٠ عن سعيد بن جبير، ورجاله ثقات.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٦٥ عن عمر وبنحوه عن علي وأبيّ وعمران بن حصين.

besturdubooks.wordpress.com

بالنص فيكون منهياً، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له» سماه محللا وهو المثبت للحل **(وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت**

الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها. وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لأنه لما كان محللاً في الغليظة ففي الخفيفة أولى. وأيضاً بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجاً لأن صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل، لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع. وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه، وتحصيل الحاصل محال. أجيب إن لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه، بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين، وما صلح سبباً لأصل الشيء صلح سبباً لوصفه بالطريق الأولى، وفيه نظر، إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللاً، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه، وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال، وهو أنه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله، وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثاً شرعاً، فظهر أن القول وما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة، ولقد صدق قول صاحب الأسرار: ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها، وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال ﷺ «أتريدين أن تعودي إلى رفاعة؟ قالت نعم، قال لا حتى تذوقي عسيلته»[1] فغيا عدم العود بالذوق. فعنده ينتهي عدمه ويثبت هو، والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات، وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال: بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودي إلى فلان صدق حقيقته وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثاً. فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال، فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه قوله: **(فقالت قد انقضت عدتي وتزوّجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي)** في النهاية: إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطاً، لأنها لو قالت: حللت لك فتزوّجها ثم قالت: لم يكن الثاني دخل بي، إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق، وفيما ذكرته مبسوطاً لا تصدق في كل حال. وعن السرخسي: لا يحل له أن يتزوّجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد. وفي التفاريق: لو تزوّجها ولم يسألها ثم قالت: ما تزوّجت أو ما دخل بي صدقت إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها. واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته

إما أن يكون الحل السابق، أو حلاً جديداً لا سبيل إلى الأول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأول والأول حل ناقص وكان الجديد كاملاً، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث، فإن قيل: سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل وأن يكون ذلك حلاً جديداً لكنه يقتضي أن يكون ذلك في المطلقة ثلاثاً لأمرين: أحدهما ما ذكره المصنف أن محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون إلا في المطلقة ثلاثاً. والثاني أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملاً بالحقيقة. فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيين: أحدهما ما ذكرت وليس بمرضيّ. والثاني أن محمله الكراهة لا الفساد، وحينئذ يندفع الأمر الأول، فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابت لكن إطلاق المحلل يقتضي أن يكون الزوج الثاني على الإطلاق محللاً، فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل، والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثاً وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثاني **(وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: **(واختلفوا في أدنى هذه المدة)** قال أبو حنيفة: لا تصدق في أقل من ستين يوماً. وقال أبو يوسف ومحمد: تصدق في تسعة

قوله: **(فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو يحمله إلخ)** أقول: وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثاً، فإنا نقول: يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات قوله: **(وحينئذ يندفع الأمر الأول)** أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم قبل إحدى عشر حديثاً.

besturdubooks.wordpress.com

عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق

فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها، كما لو قالت: بعد التزوّج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرماً أو كان العقد بغير شهود، ذكره في الجامع الكبير وغيره؛ بخلاف قولها: لم تنقض عدتي. ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله إن دخل بها انتهى من قائله. ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور، قال في الفتاوى في باب الباء: لو قالت: بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الأول: تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى. ولو قال: الزوج الثاني النكاح وقع فاسداً لأني جامعت أمها إن صدقته المرأة لا تحل للزوج الأوّل وإن كذبته تحل، كذا أجاب القاضي الإمام. ولو قالت: دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها، وكذا على العكس. وفي النهاية ولم يمر بي لو قال المحلل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأوّل؟ قلت: يبنى الأمر على غالب ظنها، إن كان صادقاً عندها فلا تحل له، وإن كان كاذباً تحل. وعن الفضلي: لو قالت: تزوجني فإني تزوّجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت: ما تزوّجت صدقت إلا أن تكون أقرّت بدخول الثاني، كأنه والله أعلم يحمل قولها: تزوجت على العقد، وقولها: ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على إنكار ما اعترفت به، ولذا قال: إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها: فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة. وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد؟ قال: ثم ديانة قوله: **(لأنها معاملة)** أنث الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكراً لتأنيث خبره وفي غيره نسخة لأنه على الأصل **(وقول الواحد فيهما مقبول)** كالوكالات والمضاربات والإذن في التجارات، ولذا يقبل قول الإماء والعبيد في الهدية قوله: **(وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله)** أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك قوله: **(وسنبينها في العدة)** قال في «النهاية»: وقعت هذه الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها. وأجاب بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب، ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الأوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله، وإذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح، وذكر نبذة من الخلاف. اختلف العلماء في أقل ما تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء، فقال أبو حنيفة: لا تصدق في أقل من ستين يوماً إن كانت حرة، وقالا: أقلها تسعة ثلاثون يوماً. وقال شريح: لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها، قال له عليّ رضي الله عنه: قالون ومعناه بالرومية أحسنت[1]. ومذهب الشافعي رحمه الله أنها اثنان وثلاثون ولحظتان إن وقع الطلاق في الطهر، وسبعة وأربعون يوماً ولحظة إن وقع في الحيض. وقال أبو ثور: سبعة وأربعون. وقال مالك في الجواهر: أربعون. وقال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد: إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به، وإلا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر. وقالت الحنابلة: تسعة وعشرون يوماً إن قلنا: أقل الطهر ثلاثة عشر، وإن قلنا: خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين، وما أحسن قول: إسحاق وأبي عبيد، وهذا لأن العادة أن الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر

وثلاثين يوماً، وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر، وحيضها أقل الحيض ثلاثة، وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوماً، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوماً، فلذلك صدّقت في تسعة وثلاثين يوماً لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها. وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرّزاً عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر يوماً لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقدرناه بأقله، وحيضها

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤١٨ عن الشعبي قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فذكره وكذا أخرجه الدارمي ٨٥٤ أيضاً عن الشعبي به.

besturdubooks.wordpress.com

الحل به، وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله. واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة.

فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه، والمكذب عادة كالمكذب حقيقة؛ ألا ترى أن الوصي إذا قال: أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشتري في اليوم، أو لا يرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء في الآيسة والصغيرة قدّر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ بخلاف ما إذا أشهد بما دون العادة فإنه حينئذ يثبت أن هذا من النادر، وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت أن قول إسحاق ومن معه أولى به، فإن لم يؤخذ بهذا ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد: أن يجعل مطلقاً في أول الطهر تفادياً من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً كل طهر بخمسة عشر، وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذاً بالوسط فيه، وعلى قول الحسن بن زياد: أن يجعل مطلقاً في آخر الطهر تفادياً من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوماً اعتباراً للأكثر وطهرين بثلاثين يوماً، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوماً، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوماً طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين. وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوماً الطهر الذي وقع الطلاق في أوله، والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة. وتخريج قولهما: أن يجعل مطلقاً في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتباراً لأقله، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوماً، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوماً حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوماً ومثله للثاني وزيادة طهر: يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثاً تريد أن يتزوّجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقاً في آخر الطهر، لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقاً في آخره والفرض أن عدة الأول انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا، ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوماً في قوله: على تخريج محمد، وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتساباً للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين، وهذا لأن المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضاً بل بعده، وكون ما بعده حيضاً موقوف على تقدم طهر تام وهو ما قلنا، هذا في حق الزوج الأول، ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخريجين. وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوماً لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوماً عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض؛ فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أطهار، ويحتاج في حق الثاني إلى ثلاث وثلاثة أيضاً. وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوماً وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس، فإذا قلت: كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران، ويحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوماً ثلاث حيض وثلاثة أطهار، وهذا في حق الحرة، وأما في حق الأمة فتخريجه على المذاهب غير خاف، والله الموفق.

خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك، وهو خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوماً فذلك ستون يوماً، وهذا على ما ذكره محمد. وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة، لأنا لم قدرنا طهرها بأقل المدة نظراً لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظراً للزوج، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوماً. وقوله: (وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية: وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره. وردّ من حيث اللفظ والمعنى، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة، فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز، وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر. وأقول: الأول ظاهر، والثاني خلاف الظاهر، والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

باب الإيلاء

(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى: ﴿للذين

باب الإيلاء

تحريم الزوجة بأربعة طرق: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار. فبدأ بالطلاق لأنه الأصل، والمباح في وقته. ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة، لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء. والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة، غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء به تنجيزاً أو تعليقاً فقدم، ثم أولى الإيلاء لأنه لا يلزمه به المعصية، إذ قد يكون برضاها لخوف غيل[1] على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس، بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية، ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضاً لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره، وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد. والإيلاء لغة اليمين، والجمع الألايا. قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن بدرت منه الألية برت

وفعله آلى يولي إيلاء كتصريف أعطى. وفي الشرع: هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان، وهو أولى من قوله في الكنز: الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر، لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله: إن وطئتك فلله عليّ أن أصلي ركعتين أو أغزو، ولا يكون بذلك مولياً، لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل، بخلاف إن وطئتك فعليّ حج أو صيام أو صدقة فالمولي حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه، وهو أولى من قولهم: من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق. وأما ركنه فهو الحلف المذكور، وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر، والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق عنده. وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك، فإن قربها لا تلزمه كفارة، وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما، أما لو آلى بما هو قربة كإن قربتك فعليّ حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقاً، ولو آلى بما لا يلزم قربة كإن قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقاً، وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان، ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر، وألفاظه صريح وكناية؛ فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة، فلو ادعى أنه لم

باب الإيلاء

قال في النهاية: ذكر في الأسرار في أول كتاب الطلاق منه: التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار. ثم قال: فيبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته. ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء، لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء، وكان أدنى منه في الإباحة. وهو في اللغة عبارة عن اليمين. يقال آلى يولي إيلاء: إذا حلف. وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً منعاً مؤكداً باليمين، وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة، وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما مؤقتة إلى وقت، لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لأن التدارك فيه لا يستعقب مكروهاً. ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التدارك

باب الإيلاء

(١) أغال الرجل ولده: إذا جامع أمه وهي ترضعه وأغالت المرأة ولدها أرضعته وهي حامل اهـ مصباح.
وفي «المغرب» قال أبو عبيدة: الغيل أن يجامع الرجل المرأة وهي مرضع.

besturdubooks.wordpress.com

يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لأن الكفارة

يعن الجماع لم يدين في القضاء، والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوئنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء. وقيل الصريح لفظان: لا أجامعك، لا أنيكك، وهذه كنايات تجري مجرى الصريح، والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازاً لا بالحقيقة، وإلا لوجب كون الصريح لفظاً واحداً وهو ثاني ما ذكر. وفي البدائع: الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح، والدنو كناية، وكذا لا أبيت معك في فراش، ويخالفه ما في «المنتقى»: لا أنام معك إيلاء بلا نية، وكذا لا يمس فرجي فرجك. في «الذخيرة»: وفي «جوامع الفقه» ما يخالفه قال: لا يمس جلدي جلدك لا يصير مولياً لأنه يمكن أن يلف ذكره بشيء. وفي «المرغيناني»: يحنث بمسّ الفرج دون الجماع فليس بمول؛ قيل فيه بعد وهو حق لأن الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة إلى النية وهو فرع أن يراد به ذلك، ولا يحنث إلا بالجماع فيكون مولياً. وفي التحفة: لو قال أنا منك مول فإن عنى الخبر كذباً فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا إيجاب في الشرع، وإن عنى به الإيجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه أوجب الإيلاء بهذا اللفظ. ولو قال: أنت عليّ مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته، فإن نوى الإيلاء كان مولياً لأنه شبهها بها في اليمين، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون مولياً، ولقائل أن يقول: الإيلاء الحلف إلخ، وقوله: أنت عليّ مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف إنشائية ولا تعليقية، لأن معنى الحلف قوله: والله لا أقربك ونحوه أو إن قربتك، وليس قوله: أنت مثلها إياه ولا محققاً لوجوده لفرض عدم وجوده سابقاً ولاحقاً، إلا أن هذا جواب الرواية، صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره. وفيه: لو آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلاً. ولو قال: إن قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فهو مول. والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف، ومعلوم أن انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله: احلف بالله فينعقد بقوله: أنا حالف، وكذا التشبيه المذكور يئول إليه. ولو قال: لا وطئتك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر مولياً، خلافاً لمالك رحمه الله، لو قال: لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عن نيته، فإن قال: أردت الوطء في الدبر صار مولياً، وإن قال: أردت جماعاً ضعيفاً لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول، وكذا إن لم تكن له نية، وإن قال أردت دون ذلك فهو مول قوله: (ولزمته الكفارة) ليس حكم المولي مطلقاً على تقدير الحنث بل حكم هذا المولي المذكور في قوله: إذا قال الرجل والله إلخ لما ستعرف أن المولي قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير. وقال الشافعي رحمه الله في «القديم»: لا كفارة في خصوص هذا الحنث لأنه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء، والمراد الجماع لأنه في الأصل

فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق، بخلاف الطلاق الرجعي. وشرطه أن يكون صادراً من أهل الطلاق عند أبي حنيفة، أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعداً وركنه أن يقول: والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه، أو يقول: إن قربتك فعبدي حرّ وأمثاله. وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الأول ولزوم الجزاء في الثاني، ووقوع تطليقة بائنة إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبرّ فيه شيء، ومن هذا قيل المولي هو من لا يخلو عن أحد المكروهين **(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ الآية، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة، لأن الكفارة موجب الحنث)** وقال الشافعي: لا تلزمه الكفارة لأن الله تعالى قال **﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾** وعد المغفرة، والمغفور لا يجب عليه عقوبة. قلنا: وعد المغفرة في الآخرة، وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا **(وسقط الإيلاء)** على معنى أنه لو مضت أربعة

قوله: **(وإذا قال الرجل لامرأته)** أقول: أي الغير الحائضة قوله: **(أو قال والله إلخ)** أقول: يعني لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة قوله: **(وقال الشافعي)** أقول: في القديم.

besturdubooks.wordpress.com

موجب الحنث (وسقط الإيلاء) لأن اليمين ترتفع بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة)

الرجوع، وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك، قال الله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] وقوله الجديد كقولنا: لأن وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي إلزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والأخروي: أعني المغفرة وسقوط الكفارة، وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية إذ حنث الحالف فيها توبة، فإن التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها إعمالاً لإطلاق قوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، وقال النبي ﷺ في الصحيح «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[1] وهو قول: الأربعة والجمهور. وقال الحسن: لا كفارة عليه. قال قتادة: خالف الحسن الناس قوله: (وسقط الإيلاء) بإجماع العلماء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لأن اليمين تنحل بالحنث قوله: (وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين، بل قال: يقع رجعياً سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم، وبه قال مالك وأحمد. ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة إلا الثابت بالنص. والجواب منع كلية الكبرى، وتقدم وجه دفعه في الكنايات، غير أنه يستدعي سبباً، والسبب هنا أنه وقع للتخلص من الظلم، والرجعي لا يفيد ذلك لأنه بسبيل من أن يردها إلى عصمته ويعيد الإيلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها بإثباته. ثم الخلاف في موضعين: أحدهما أن الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف إلى أن يفيء أو يطلق لقوله تعالى ﴿فإن فاءوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة. وعندنا الفيء في المدة لا غير. والجواب أن الفاء لتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو، وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره، فإن كانت للأول نحو ﴿فقد سألوا موسى أكثر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة﴾ [النساء: ١٥٣] ﴿ونادى نوح ربه فقال رب إن ابني من أهلي﴾ [هو: ٤٥] ونحو: توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب، بل التعقيب الذكري بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال، وإن كانت لغيره فكالأول كجاء زيد فقام عمرو، وكل من التعقيبين جائز الإرادة في الآية، المعنوي بالنسبة إلى الإيلاء، ﴿فإن فاءوا﴾ أي بعد الإيلاء، والذكرى فإنه لما ذكر تعالى أن لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الأمرين، فقوله تعالى ﴿فإن فاءوا﴾ إلى قوله ﴿سميع عليم﴾ [البقرة: ٢٢٧] واقع بهذا المعرض فيصبح كون المراد ﴿فإن فاءوا﴾: أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيباً على الإيلاء التعقيب الذكري أو بعدها تعقيباً على التربص ﴿فإن الله غفور﴾ لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة، أو غفور للحنث في اليمين إن كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه، فنظرنا فإذا قراءة ابن مسعود «فإن فاءوا فيهن» ترجح أحد الجائزين وهو كون

أشهر لا يقع الطلاق (لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لأن معنى الإيلاء عندنا: إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة. وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضيّ المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها، فإن أبى أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما، وكان التفريق تطليقة بائنة (لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجبّ والعنة. ولنا أنه ظلمها بمنع حقها) وهو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة) تخليصاً لها عن ضرر التعليق، ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائناً (وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٢٢٣ ومسلم ١٦٤٩ ح ٧ وأبو داود ٣٢٧٦ والنسائي ٧/ ٩ وابن ماجه ٢١٠٧ والبيهقي ١٠/ ٣٢ والطيالسي ٥٠٠ وأحمد ٤/ ٣٩٨ كلهم من حديث أبي موسى، وله قصة، وفي الباب أحاديث.

besturdubooks.wordpress.com

وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب

الفيء في المدة، إما باعتبار أن الأصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو إحداهما شاذة فتنزل تفسيراً للمراد بالأخرى، وإما باعتبار أنها تستقل بإثبات كونه في المدة إذ لا تعارض القراءة المشهورة لأنها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على أنها حجة عندنا، وإن أبى الخصم ورد المختلف إلى المختلف يتم إذا أثبت الأصل، ولا شك أن القراءة الشاذة إنما يقرؤها الراوي خبراً عن صاحب الوحي قرآناً فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم، فدار الأمر بين كونها قرآناً أو خبراً عن صاحب الوحي، وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها. فإن قيل: حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة. ونحن لا ننكر ذلك، وإنما الكلام في أن له أن يفيء بعدها، وتنحل يمينه إذا لم يفيء فيها أولاً بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفيء أثبتناه، والقراءة المذكورة لا تنفيه. قلنا: ليس كذلك فإنه تعالى جعل حكم الإيلاء على هذه القراءة أن يفيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى ﴿فإن فاءوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] فيهن فكذا ﴿وإن عزموا الطلاق﴾ [البقرة: ٢٢٧] فكذا على ما عرف من التأويل لأن الترديد مأخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر، أي وإن عزموا الطلاق. فلم يفيئوا فيها وهو لازم فإنهم لو فاءوا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فيء إلا في المدة. الثاني أن بمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقاً بائناً وعنده لا يكون إلا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى ﴿وإن عزموا الطلاق﴾ فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه، ولأن النص يشير إلى أنه مسموع وهو قوله ﴿فإن الله سميع عليم﴾ والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله إلحاق المولى بالعنين في حكم هو إلزامه بالطلاق، فإن لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان، وإلا كان موقعاً من غير إيقاع. والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع، بل إذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم، فمعنى ﴿فإن عزموا الطلاق﴾ فإن استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة ﴿فإن الله سميع﴾ بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان ﴿عليم﴾ بما استمروا عليه من الظلم، وفيه معنى الوعيد على ذلك، واندرج في هذا جواب الثاني. وعن الأخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر، والمولى ظالم يمنع حقها فيجازي بوقوعه بنفس الانقضاء، ولا نسلم أنه بلا إيقاع بل الزوج بالإيلاء مؤقع، فقد كان في الجاهلية تنجيزاً فجعله الشارع مؤجلاً. أو نقول: جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق، وهذا لأن حقيقة الطلاق إنما هي رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح، ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعاً ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ، ألا يرى أنه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظاً فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة. لا يقال: كيف يكون ظالماً بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم. لأنا نقول: ذلك في الحكم، فأما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يجامعها أحياناً ليعفُّها، فإن أبى كان عاصياً. والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك، لكن بقي أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه، لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا، فإن الآية وإن صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا. والجواب أن قراءة ابن مسعود لما أفادت أن لا فيء بعد المدة لزم انتفاء

وعبد الله بن عمر، وعند المحدثين هم أربعة: ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود. واعترض بأن الزوج إنما يكون ظالماً بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة، وأما إذا وطئها فقد سقط حقها. وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء، وأما في الديانة فلم يسقط، وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها

besturdubooks.wordpress.com

والعنة. ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قدوة، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية

قولكم من إلزامكم بأحد الأمرين من الفيء أو الطلاق فثبت أن المراد بها ما قلنا، وإلا لزم إحداث قول ثالث وهو إلزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق، وهذا التقرير هو مجمل استدلال المصنف حيث قال: ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، وإلا فظاهره أنه مصادرة لأنه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال: فجازاه بذلك بالنص. وتقريره أن القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة أخرى إلى آخر ما ذكرنا، واحتج أيضاً بآثار وهي ما روى الدارقطني قال: حدثنا أبو بكر الميموني قال: ذكرت لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال: لا أدري ما هو قد روي عن عثمان خلافه. قيل له من رواه؟ قال: حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان، وما روى مالك في الموطإ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق، فإن مضت الأربعة الأشهر توقف حتى يطلق أو يفيء[١]. وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول في الإيلاء: الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الأجل إلا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى[٢]. وقال: أي البخاري: قال لي إسماعيل بن أبي أويس: حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال: إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى[٣]. وقال الشافعي: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان ابن يسار قال: أدركت بضعة عشر رجلاً من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى[٤]. وقال بعضهم: روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال: سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا: ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر. قلنا: الآثار الأربعة الأول معارضة. أما الأول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة. وهذا أولى لأن سنده جيد موصول، بخلاف ذلك فإن حال رجاله لا يعرف إلى حبيب، وهو أيضاً أعضله، ولا يعلم أن طاوساً أخذ عن عثمان فهو منقطع. وأما الثاني فيما أخرج عبد الرزاق: أنبأنا معمر عن قتادة أن علياً وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة، وكل منهما مرسل، فإن رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة، وكذا قتادة وهما متعاصران، وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمانٍ عشرة

ديانة، وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لأنه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة، وليس كذلك **(ولأن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية)** على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبداً **(فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة)** فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي. وقوله: **(فإن كان حلف)** يعني إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يحلو. أما إن كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد؛ فإن كان الأول فقد سقط اليمين لأنها كانت موقتة به، وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوّج، وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة إذ لا حق لها في الجماع بعدها، وهذا اختيار عامة المشايخ. وكان الفقيه أبو سهل الشرغي يقول: يتكرر الطلاق بتكرر المدة: يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدتها لأن الإيلاء في حق

---

(١) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ٦١ والبيهقي ٧/ ٣٧٧ ومالك في الموطأ ٥٥٦ حـ ١٧ كلهم من حديث علي موقوف وورد عند البيهقي من طريق مجاهد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: شهدت علياً. . . قال البيهقي: هذا إسناد صحيح موصول.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٩٠ عن ابن عمر موقوفاً.

(٣) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٩١ عن ابن عمر موقوفاً. ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٧.

(٤) انظر هذه الآثار في سنن البيهقي ٧/ ٣٧٦، ٣٧٧.

besturdubooks.wordpress.com

فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة **(فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين)** لأنها كانت مؤقتة به **(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية)** لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج

ومائة على اختلاف الأقوال، وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول. وقال غير واحد: سنة ثماني عشرة، وقيل سنة أربع عشرة، وقيل خمس عشرة، وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر. ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والإتقان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد. قال عبد الرزاق عن معمر: جاء رجل إلى ابن سيرين فقال: رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها أعظم مما دخلت، ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء. فقال له ابن سيرين: أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوّده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه. وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل. وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى. وفي تراجمه العجائب من حفظه. وأما الثالث والرابع فيما أخرجه ابن أبي شيبة قال: حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: إذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة[1]. ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضاً، ولم يبق إلا قول من قال: بأن أصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم، ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف، وقدمنا في كتاب الصلاة أنه تحكم محض لأنه إذا كان الغرض أن المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته إلا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك. وقول البخاري: أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال: غيره غيره. وقال المحققون: إن ذلك يتعذر الحكم به، وإنما يمكن بالنسبة إلى صحابي وبلد فيقال: أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه، وعن أبي هريرة: الزهري عن سعيد بن المسيب عنه، وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة، وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك، وأحسن من هذا أيضاً الوقوف على اقتحام هذه، فإن في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك، نعم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر إحاطة بأفراد متونه، وأعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه إن كان وبقصده عند إبهامه وإرساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة، أما في فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر

الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال: كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن؛ ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط متكرر، والأصح قول العامة لما ذكر في الكتاب **(فإن عاد فتزوّجها)** بعد البينونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها **(عاد الإيلاء، فإن وطئها)** في المدة **(وإلا وقعت تطليقة أخرى**

قوله: **(وأجيب بأن حقها سقط بالجماع إلخ)** أقول: والظاهر أن لها حقاً في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لا أقل، يؤيده قصة عمر رضي الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضي الله عنها: كم تصبر المرأة عن زوجها إلخ على ما فصل في الغاية قوله: **(وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه)** أقول: كيف لا يحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة، فإن الطلاق لا يختص بالديانة غايته أنه يترتب على ما يتعلق لها. نعم يرد على الشافعي لأن المفرق عنده هو القاضي فليتأمل، أو التفصيل في شرح الزيلعي وغيره، ويفهم ذلك من قول الشارح أيضاً لأن معنى الإيلاء عندنا إلخ تأمل قوله: **(فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي)** أقول: وفيه تأمل.

---

(١) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٢ عن ابن عمر وابن عباس وأخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٩ عن ابن عباس قال الزيلعي: وأخرج نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن... إلخ.

besturdubooks.wordpress.com

لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة

محفوظاته يكون ذلك مقدماً عليه في روايته بمعارضة ما هو إلا محض تحكم، فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة، وأثرها الذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن، وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه. وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك، وكذا ما ذكر عن سهيل، ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علوّ الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا، وكون من ذهب إلا خلاف المروي عنهم أفقه وأعلى منصباً، ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعليّ بناء على ترجيح ما عرضنا به، وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال: هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا، وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا، وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. أخرج الدارقطني عن ابن إسحاق: حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة، وهو أملك بردها ما دامت في عدتها[١]. وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث. وأخرج عبد الرزاق: حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال: آلى النعمان من امرأته وكان جالساً عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال: إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة[٢]. وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول. وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام، وهو أن كل من قال: من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه: لأنه لم يكن بد من كونه محمولاً على السماع، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية، فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه، ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع، واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل، على أنه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلاً قوله: **(وإن كان حلف على الأبد)** هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول: لا أقربك مقتصراً إلا أن تكون حائضاً فليس بمول أصلاً لأنه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع إلى اليمين، وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون مولياً قوله: **(إلا أنه لا يتكرر)** استثناء من لازم قوله: فاليمين باقية فيما يتبادر فإنه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعد، وبه قال أبو سهل الشرغي، وعليه مشى المرغيناني وصاحب المحيط لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق، ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك، فكذا إذا صرح بملزومه، والمختار قول الكرخي: إنه لا يقع إلا إذا تزوّجها، وعليه مشى في «البدائع» و «تحفة الفقهاء» و «شرحي الإسبيجابي» و «الجامع» لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم، وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاءً لظلمه، وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانياً ابتداءً في حقها، فلا يلزم حكم البر فيه، بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزاً ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون إذا صح بمنزلة تعليق البائن، والبائن المعلق يلحق

بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن. وقوله: **(ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج)** قيل هو احتراز عما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدة، فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣٧٨ والدارقطني ٤/ ٦٣ كلاهما عن عمر بن الخطاب موقوفاً.
(٢) موقوف. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤١.

besturdubooks.wordpress.com

أخرى) لأن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج **(فإن تزوّجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها)** لما بيناه **(فإن تزوّجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق)** لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل **(واليمين باقية)** لإطلاقها

البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكنايات، وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل: إنه كقوله: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق، وذلك لأن قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله: إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا انعقد إيلاءً شرعياً مستعقباً لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر، وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونه ظالماً لأن ذلك الحكم هو جزاؤه، فإذا لم يكن ظالماً كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الإيلاء فلا يستلزمه فيبقى يميناً دون إيلاء فلا يصير كقوله: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء، كما لو قال لأجنبية: والله لا أقربك أبداً ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق، ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا، ولذا قلنا إذا تزوّجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح في الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطيء وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء قوله: **(ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج)** أطلق في ذلك وكذا في الكافي، وقيده في النهاية والغاية تبعاً للتمرتاشي والمرغيناني بما إذا كان التزوّج بعد انقضاء العدة، فأما إن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق، ومثله لو آلى من زوجته مؤبداً ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الإيلاء، فإن مضت له أربعة أشهر وهو في العدة وقعت عليها طلقة وإن مضت بعد انقضائها لا يقع شيء، فإن تزوجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء، ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوّج فلا يحتسب بما مضى قبله، فلو تزوّجها في العدة احتسب به. قال في «شرح الكنز»: وهذا لا يستقيم إلا على قول من قال: إن الطلاق يتكرر قبل التزوّج وقد بينا ضعفه انتهى، فالأولى اعتبار الإطلاق كما في «الهداية» قوله: **(لتقيده بطلاق هذا الملك)** لأن الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه، ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديداً بعد التزوّج بغيره لأنه غالب العدم على وزان ما قدمنا في مسئلة التنجيز، وهو ما إذا علق طلاقها بالدخول مثلاً ثم نجز الثلاث فتزوّجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافاً لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك، وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء، حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافاً لزفر، ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافاً له، ولو بانت بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوّجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات، وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث، وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت قوله: **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** وقال به: الأئمة الأربعة وأكثر العلماء. وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق: يصير مولياً في قليل المدة وكثيرها، فإن تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لإطلاق الآية في ذلك، فإن لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعداً، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف. وكان أبو حنيفة أولاً يقول به ثم رجع إلى قول ابن عباس: لما صح عنده فتواه بخلافه. أخرج ابن أبي شيبة: حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إذا آلى من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس

الطلاق لا من وقت التزوّج، كذا ذكره التمرتاشي **(فإن تزوجها ثانياً)** وفي بعض النسخ ثالثاً ولكل وجه، أما الأول فبالنظر إلى التزوّج بعد الإيلاء، وأما الثاني فبالنظر إلى التزوّج قبل الإيلاء، والأول أظهر **(عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا)** أن اليمين باقية لإطلاقها، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق **(فإن وطئها كفر عن يمينه)** أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق **(وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية)** فإنه يبطل التعليق عندنا خلافاً لزفر **(وقد مر من قبل)** أي في باب الأيمان في الطلاق. قال في المبسوط: وإذا آلى الرجل من

besturdubooks.wordpress.com

وعدم الحنث **(فإن وطئها كفر عن يمينه)** لوجود الحنث **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** لقول ابن عباس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر، ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق

بإيلاء[١]. وأخرج البيهقي عنه قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر، فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء[٢]. وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي، ولا شك أن ظاهر الآية كقول من قال: بأية إيلاء، والمعوّل عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا، فإن قول الصحابي: في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه أنه زيادة على النص إذ هو تقييد لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة، والمعنى الذي ذكر وهو أن المولي من لا يقدر على القربان في المدة إلا بشيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر، وإلا فنحن لا نقول به إذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فإثبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة قوله: **(لأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع إلخ)** قيل هو بناء على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهراً، فإنّ وضع المسئلة في الأصل إذا حلف لا يقربها شهراً وإلا فالأقل من الأربعة لا يستلزم كون الامتناع إلا في بعض المدة مطلقاً لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر. وقيل: لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر، وقيل: أراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها. ولا إشكال حينئذ لأن المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي. قال: وإنما يصح أن لو قال في أكثر المدتين انتهى. ووجهه أن أفعل التفضيل يلزم في إضافته إلى شيء كونه بعض ما أضيف إليه ولذا امتنع يوسف أحسن إخوته، وخواص البشر أفضل الملائكة، وليس الأربعة الأشهر التي هي المراد بالأكثر بعض المدة المضاف إليها لاستحالة كون الأربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في صحته أن يقول أكثر المدتين: يعني المدة المحلوف عليها ومدة الإيلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها. ولا إشكال في أنه لو قال: في بعض المدة كان أحسن وأسلم قوله: **(وشهرين بعد هذين الشهرين)** إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيداً في حكم المسئلة الأولى بل قيد في الثانية فقط، ولفظ يوماً في الثانية ليس قيداً، لا فرق بين مكثه يوماً أو ساعة. وقيل: تكرير اليمين في مجلس أو

امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤجل فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوّجها بعد زوج آخر لم يكن مولياً إلا عند زفر، وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث. قال: **(فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً)** مثل أن يقول والله لا أقربك شهراً وهو وضع المبسوط، أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن مولياً. وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن ترك وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان يقول أبو حنيفة أوّلاً، فلما بلغه فتوى ابن عباس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله. فإن قيل: فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لأن الله تعالى قال **﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾** أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة

قوله: **(بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق إلخ)** أقول: قوله لأن الإيلاء تعليل لقوله بطل إلخ قوله: **(فكان مسموعاً)** أقول: أي محمولاً على السماع قوله: **(وبمثله أي بمثل هذا الخلف)** أقول: والأظهر إرجاع الضمير إلى الامتناع.

قوله: **(أربعة أشهر إلا يوماً)** أقول: فيه بحث قوله: **(يلزمه بالقربان كفارتان)** أقول: فيه نظر إذا لا يعقل وجه لزوم الكفارتين، فإن لكل من اليمينين مدة على حدة لا تدخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان، لا أن يراد بالقربان قربانان في مدتي اليمينين فليتأمل فإنه مع بعده لا يساعده كلام ما في الشروح قوله: **(في مدة الإيلاء)** أقول: أي اللغوي.

---

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/٣٤٣ عن ابن عباس.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/٣٨١ عن ابن عباس.

besturdubooks.wordpress.com

فيه (**ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول**) لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (**ولو مكث يوماً ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً**) لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه فلم تتكامل مدة

مجالس وبينهما أقل من يوم تنجيز عند أبي حنيفة وأبي يوسف فقيد بمكثه يوماً لتكون المسئلة اتفاقية، وهذا بعيد لأن إثبات المذهب نصوا على أن قوله: والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف. وإنما حكى في قوله: والله والله لا أفعل فذكروا أن ظاهر الرواية أنهما يمينان.

وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة، وفي «المنتقى» جعل كونهما يمينين قياساً وكونهما يميناً واحدة استحساناً. وفرع في الدراية في آخر الباب من غير أن يعزوه: والله لا أقربك مراراً في مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثاً يتبع بعضها بعضاً قياساً، وهو قول: محمد وزفر، وواحدة استحساناً وهو قولهما وهو خلاف الأشهر. ولو قال في الثانية بعد يوم: والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون مولياً أيضاً، لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين. فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل. والأصل في جنس هذه المسائل أن الإيلاء يوجب طلاقاً في البر وكفارة في الحنث، وأنه لا تلازم بين كونه إيلاء ويميناً كما قدمنا، فذلك قد يتعدد البرّ والحنث وقد يتحدان، وقد يتعدد البرّ ويتحد الحنث وقلبه، وتعدد البرّ بتعدد المدة لأنه بتعدد الإيلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع، وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين، وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة، ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لأن الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت، ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده. في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء. ولو قال عنيت بالثاني: الأول لم يستقم في اليمين بالله تعالى، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم. مثال تعددهما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك. أما إنهما يميناً فلتعدد الذكر، وأما أنهما إيلاءان فلتعدد المدة، فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول برّ في الأولى وبانت، فإذا مضى يوم آخر برّ في الثانية وطلقت أيضاً، ولو قربها بعد الغدّ تجب كفارتان وإن أطلق لزومهما في الكافي، ولو قربها في الغد لزمته كفارة واحدة لأن الغد لم ينعقد عليه إلا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين. ونظيره في النوازل قال: والله لا أكلمه يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان، وإن كلمة بعد شهر فعليه يمين واحد، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه. ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهرَ أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر، إلا أنه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان، وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين: أعني قوله: والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال: والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فإنه

يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر، فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله؟ فالجواب أن فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعاً، ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيراً للنص لا تقييداً، وتقريره والله أعلم: للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر، ترك الأول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء. وقوله: (**ولأن الامتناع عن قربانها**) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث. وتقريره أن الامتناع عن قربانها: أي عن قربان من آلى منها زوجها شهراً في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين، وبمثله: أي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلوّ الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين، فإنه بمضي أربعة أشهر لا

besturdubooks.wordpress.com

المنع. **(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً)** خلافاً لزفر، هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتباراً بالإجارة فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لأن

ليس بإيلاء كما ذكر، ولكن تتداخل المدتان، فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة، وكذا في الشهرين الآخرين لأنه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة، وقد توارد شروح الهداية من النهاية، وغاية البيان على الخطإ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره، فلو قربها في الأربعة الأولى لزمته كفارة واحدة، وكذا في الأربعة الثانية، ولو كان أطلق فقال: والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعداً قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة، وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين بأخرى إذا كانت في العدة، وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف، بخلاف ما مضى في الكتاب في تأبيد اليمين فإن الإيلاءات هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة، فجاء الخلاف في أنه هل ينعقد الإيلاء الثاني في العدة أو لا. ومن منعه قال: لا يبتدأ الإيلاء إلا في حال يكون بالمنع ظالماً، أما هنا فالإيلاءات الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح، ولو كان قال: مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوّج. ومثال اتحادها: والله لا أقربك أربعة أشهر أو أقربك شهرين وشهرين. وفي الكافي في نظيره: كلما كلمت واحداً من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معاً، وليس للتقييد بذلك فائدة فإن بتكليمها معاً لم تنحل اليمين، بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الإيلاء، فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر. فإن علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه. ومثال تعدد البر واتحاد اليمين: كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر، فإن قربها تجب كفارة واحدة، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت بتطليقة، فإن مضى يوم آخر بانت بأخرى، وإذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة، وفي هذا المثال نظر لأن الحلف بالله وقع جزاء الشرط متكرر فيلزم تكرره. ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لأنه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لا حلف عند الشرط الأول أيضاً، ومع ذلك ثبت الحلف عنده، ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك، وكذا لو قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً إن قربتك يتعدد براً، وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة، ولا يتصور حنثه إلا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلاث، ونحوه كلما دخلت فعبدي حرّ إن قربتك سواء. ومثال اتحاد الإيلاء وتعدد اليمين: إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس: إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد في حكم البرّ حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت، وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير أن يزيد لفظ أخرى أو نحوه. واعلم أن هذه خلافية. وصورتها في الخلافيات لو قال: والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والإيلاء ثلاثة. وإن كان في مجلس واحد، فإن أراد به التكرار فاليمين واحد والإيلاء واحد، وإن لم ينو شيئاً أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالأيمان ثلاثة إجماعاً والإيلاء ثلاثة قياساً وهو قول محمد، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة، وإن قربها وجب عليه ثلاث كفارات. وفي

يقع شيء، والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله ويمثله، ويجوز أن يكون راجعاً إلى أكثر المدة. ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أشمل لتناول وضع المبسوط وغيره **(ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع)** وهو الواو **(فصار كجمعه بلفظ الجمع)** كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يميناً واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على

besturdubooks.wordpress.com

المستثنى يوم منكر، بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين

الاستحسان وهو قولهما: الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة، ويجب بالقربان ثلاث كفارات لأن الشرط الواحد يكفي لإيمان كثيرة، ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحداً فلا يتكرر الإيلاء قوله: **(لم يكن مولياً)** أي في الحال لأنه يكون مولياً إذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعداً إلى تمام السنة، حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة قوله: **(إعتبار بالإجارة)** وهو ما قال: أجرتك سنة إلا يوماً ينصرف اليوم إلى آخر السنة، وكذا إذا قال في الصورة المذكورة: سنة إلا نقصان يوم يكون مولياً صرفاً له إلى الآخر وبما إذا أجل الدين قوله: **(وههنا يمكنه)** لأن المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبار اليوم الوطء اليوم المستثنى، بخلاف ما قاس عليه فإن المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الإجارة فإنها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعاً في السنة لا تتعين مدة الإجارة والنقصان ينصرف إلى الآخر، وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتتعين بدلالة الحال. والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله: والله لا أكلم زيداً سنة إلا يوماً ينصرف إلى اليوم الأخير. وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام إذ الإيلاء أيضاً يكون من المغايضة قوله: **(صار مولياً لسقوط الاستثناء)** مع أن الباقي من السنة الثانية مدة الإيلاء، ولو أطلق بأن قال: لا أقربك إلا يوماً لا يكون مولياً حتى يقربها، فإذا قربها صار مولياً. ولو قال: سنة إلا يوماً أقربك فيه لا يكون مولياً أبداً لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعاً أبداً، وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء. وإذا قال: سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى، فإذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لا يقع لأن الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر قوله: **(ولو قال وهو بالبصرة)** إذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرها، إن كان بينهما قدر أربعة أشهر كان مولياً على ما فرّع قاضيخان والمرغيناني فإنهما قالا: لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان ولم يعتبر إمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك، وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر، فإنه قال: لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً لجواز أنهما يخرجان فيلتقيان في

حدة، فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة **(ولو مكث يوماً أو ساعة ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً لأن الثاني إيجاب مبتدأ)** والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الأولى، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجاباً مبتدأ، وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون مولياً لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوماً وإعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية مضافاً إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يوماً مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون مولياً، ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان. ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير مولياً لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجاباً آخر وصارا أجلين وتداخلا، كما لو قال والله لا أكلم

قال المصنف: **(ولا كذلك اليمين)** أقول: قال ابن الهمام فيه: إن قوله والله لا أكلم زيداً سنة إلا يوماً يمين مع أنه ينصرف إلى اليوم الآخر، وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام، إذ الإيلاء أيضاً يكون عن المغايظة انتهى. وقال تاج الشريعة: ونحن نقول في الفرق بين اليمينين إن الاستثناء لو انصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن يقربها فيلزمه الكفارة، أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر، ولا كذلك اليمين انتهى. ولعل مراده أنه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الأولى صرف اليوم إلى آخر السنة، ومقتضى الأخرى خلافه تساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل قوله: **(لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان إلخ)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة إلخ.

besturdubooks.wordpress.com

(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً) لسقوط الاستثناء **(ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مولياً)** لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة قال: **(ولو حلف بحج**

أقل من أربعة أشهر فيقربها، وإن كان بينهما أقل من ذلك لم يكن مولياً عند الأئمة الأربعة إلا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فإنه يكون مولياً، فإن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وينبغي أن يصير مولياً على قول: كل من قدمنا عند انعقاد الإيلاء إذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره، وكذا إذا قال: لا أقربك إلا في المحرم وهو في شوّال أو حتى تفطمي ولدك وإلى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر، والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الأربعة الأشهر إلا بشيء يلزمه وليس فليس، وقد بحثنا هناك أن هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الإيلاء بالحلف عليها أربعة أشهر، وبالضرورة إنهم لا يلتزمون ذلك إلا أن يجعل هذا أصلاً ممهداً في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة: فتعلل به الأحكام المذهبية لا عند قصد الإثبات على المخالف، ثم أورد على هذا الأصل لو قال: والله لا أقربكن لأربع نسوة فإنه مول، فإذا تركهن في المدة طلقن، ولو قرب ثلاثاً منهن لا يلزمه شيء فثبت أن إمكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الإيلاء. أجيب بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون مولياً منهن، وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لأن الحنث يفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن، والموجود قربان بعضهن. وحاصل هذا تخصيص إطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل قوله: **(ولو حلف بحج إلخ)** بأن يقول: إن قربتك فعليّ حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدي أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدي حر أو فعليّ عتق لعبد مبهم فهو مول. أما لو قال: فعليّ صوم هذا الشهر مثلاً فليس بمول لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شيء يلزمه، بخلاف قوله: فعليّ صوم يوم. ولو قال: فعليّ إتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول. ونقل في الصلاة خلاف محمد، فعنده يكون مولياً لأنها مما يلزم بالنذر. وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه. ويجب الإيلاء فيما لو قال: فعليّ مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة، وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب. فإن قلت: ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون مولياً إتفاقاً لما فيه من مشقة السفر كالحج. قلنا: نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط إلا بالصلاة فيه، لكن المذهب أن له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف. ولو قال: فعليّ أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح إلا أن ينوي التصدق به. ولو قال: فكل مملوك أشتريه فيما يُستقبل حُرٌ صار مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف وهو رواية عنهما، وكذا لو قال: فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق يصير مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف. ولو قال: كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام يصير مولياً. وعلى هذا لو قال: لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير مولياً عندهما خلافاً له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لا يشتري عبداً ولا يتزوج وبتقديم الغاية. قلنا: لم يمكنه إلا بضرر لازم إذ اللزوم لأجل قربانها كاللزوم به. واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله: والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة

فلاناً يوماً ولا يومين أن اليمين تنقضي بيومين لأنه أعاد كلمة النفي فصار الثاني منفرداً عن الأول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لأن الوقت الواحد يصلح وقتاً لأيمان كثيرة، فإن من قال والله لا أكلم فلاناً شهراً ولا أدخل هذه الدار شهراً ولا آكل هذا الطعام شهراً فمضي شهر واحد تنتهي الأيمان كلها، فكذلك ههنا إذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير مولياً، بخلاف المسئلة الأولى فإنه لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان مولياً **(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً، خلافاً لزفر هو يقول يصرف**

besturdubooks.wordpress.com

أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة. وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربها عتق عبده، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول: يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها

والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحساناً بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به، وكذا إذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله: حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وإن كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان مولياً عندهما خلافاً لأبي يوسف وقد عرفت الوجه قوله: **(وفيه خلاف أبي يوسف)** أي في ثبوت الإيلاء بالحلف بعتق عبده المعين، فإن ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم، فإن تعليله لا يتم فيه قوله: **(البيع موهوم)** أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين، وقد لا يجد مشترياً في المدة فتمضي قبل وجوده، بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقدور له وهو وإن توقف على امتثالها أيضاً لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود، بخلاف امتثال المشتري، وإذا كان موهوباً فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان. ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء. ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يمكن وطئها قبله، فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين. ولو مات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شيء، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو إبانتها ثم تزوجها قوله: **(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً)** باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من البائنة فإن كانت من ذوات الأقراء فلاحتمال امتداد طهرها، وإن كانت تعتد بالأشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الإيلاء ممتداً إلى بعد الرجعة، فإن لم يطأها حتى مضي شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول: من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة، وعلى قولنا: من حيث أنها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالماً، والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص،

الاستثناء إلى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة إلا يوماً فتمت مدة المنع. ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه) وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لأنه يمكنه القربان **(إذ المستثنى يوم منكر)** فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييراً لكلامه من المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين، بخلاف الإجارة فإن الحاجة ماسة إلى الصرف إلى آخر السنة لتصحيحه: أي لتصحيح عقد الإجار فإنه لا يصح مع التنكير للجهالة **(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء، ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مولياً لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة)** ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فإنه يصير مولياً منهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر بنّ عندنا خلافاً لزفر، مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق بإجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل، كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الأربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل، ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان مولياً في الحال في حق كل واحدة منهن علم أن إمكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان على الوجه المذكور لأن الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع، كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد، إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه، ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقربانهن جميعاً. وأما وقوع الطلاق في الإيلاء فباعتبار البرّ، وذلك إنما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بنّ بمضي المدة كذا في النهاية. قال: **(ولو حلف بحج أو بصوم)** لما فرغ من بيان اليمين بالله في الإيلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بأن يعلق قربانها بحج أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير مولياً لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح. وقوله: **(البيع موهوم)** يعني لأن

besturdubooks.wordpress.com

طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع **(وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً، وإن آلى من البائنة لم يكن مولياً)** لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية، ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص، فلو انقضت العدة قبل انقضاء

والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** [البقرة: ٢٢٨] والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الإيلاء، ألا ترى أنه يثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره، فعلم أن التعلل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب، بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا. وقيل: إنما لم يكن مولياً من البائنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على المدة بلا قربان، والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق: يعني إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قدمنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق، وهذا الحصر يقتضي أنه لولا هذا صح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا. والحق أن مبنى عدم لحوق البائنة هو مبني عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية فالإسناد إليه أولى، ثم لا يخفى أن تخلف العلة في محل واحد نقض إلا لمانع، فالحق أن الظلم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائماً قوله: **(لأن هذا الكلام في مخرجه وقع باطلاً لعدم المحلية)** وهي كونها من نسائنا في الإيلاء والظهار، قال تعالى **﴿للذين يولون من نسائهم﴾** [البقرة: ٢٢٦] وقال تعالى **﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾** [المجادلة: ٣] فلا بد من كونها محلاً وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة، وكذا في الإيلاء والظهار، فإذا قال إن تزوّجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحاً، وكذا إن تزوّجتك فأنت عليّ كظهر أمي، إلا أنه لا ينعقد الإيلاء والظهار إلا عقيب التزوّج بها لأنها إذ ذاك تصير محلالا قبله، ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها قوله: **(إذا اليمين منعقدة في حقه)** أي في حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حساً لا شرعاً، ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية قوله: **(كمدة العدة)** أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لأنه من حقوق النكاح. وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوي مدة إيلاء الحرة والأمة. والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع، فإن البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة، وأيضاً تربص العدة للخطر وتعرف وهو المؤثر وهو منتف في تربص الإيلاء. والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء، لأن الأمة من نسائنا، ولأن ضربها إيلاء لعذر الزوج ورفقاً جرياً على عادته تعالى من عدم المعالجة بالعقوبة، فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر، وهذا المعنى في الحرة والأمة قوله: **(وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع)** لا فرق بين كون عدم العذر

الأصل عدم ما يحدث **(فلا يمنع المانعية فيه)** أي في الإيلاء، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه، ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن مولياً لأن اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء. وقوله: **(وإن آلى من المطلقة الرجعية)** ظاهر. واعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالماً فينبغي أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الإيلاء. وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردري بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى، والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى **﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾** والبعل هو الزوج وكانت المرأة

قوله: **(لأن الأصل عدم ما يحدث)** أقول: فيه بحث، إذ الإخراج من الكوفة أيضاً كذلك قوله: **(وأجاب العلامة شمس الأئمة الكدري)** أقول: وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله. ثم أقول: يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف، فالأظهر إسناد الإجابة إلى المصنف كما هو دأبه في أمثاله.

besturdubooks.wordpress.com

مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً) لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك (وإن قربها كفر) لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه (ومدة إيلاء الأمة شهران) لأن هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتصف بالرق كمدة العدة (وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء، فإن قال ذلك سقط

للمرض أو للجب[١]، كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق [٢] أو القرن[٣]، ومن الناس من منع الإيلاء المجبوب، ومن الرتقاء والقرناء لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم. وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية، ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص، وذلك باطل، وفي جوامع الفقه: لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجبّ أو العنة[٤] أو كان أسيراً في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول: فئت إليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت إيلاءها. واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع. وفي شرح الطحاوي: لو آلى وهي مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان، وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي. ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدوّ نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر، وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض؟ قيل: نعم حتى إن صدقته كان فيئاً، وقيل: لا وهو أوجه. ثم هذا إن كان عاجزاً من وقت الإيلاء إلى أن تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعتها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جبّ أو أسر ونحو ذلك، أو كان عاجزاً حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافاً لزفر في غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المدار. قلنا: لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيؤه إلا بإيفاء حقها بالجماع، بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأذى اللسان ففيؤه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لأن التوبة على حسب الجناية، ولو آلى إيلاء مؤبداً وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف، وهو الأصح على ما قالوا: لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض، وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في

من نسائه، وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ مرتباً على المطلقة الرجعية **(ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علىَّ كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية)** إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلاً **(فلا ينقلب بعد ذلك صحيحاً، فإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه)** أي في حق الحنث لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حساً ولا يعتمد حله وحرمته؛ ألا ترى أنه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وإن كان الفعل حراماً محضاً **(ومدة إيلاء الأمة شهران)** وقال الشافعي: مدة إيلائها كمدة إيلاء الحرة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والأمة في ذلك سواء **(ولنا أن هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتصف بالرق كمدة العدة)** وقوله: **(وإن كان المولى مريضاً)** هذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحاً مقداراً يستطيع فيه أن يجامعها ثم

---

(١) المجبوب: مقطوع الذكر.

(٢) امرأة رتقاء: إذا لم يكن بها خرق إلا المبال اهـ. مغرب.

(٣) القَرْن: هو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، وقد يكون عظماً اهـ. مصباح.

(٤) العنّين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء اهـ. مغرب.

besturdubooks.wordpress.com

الإيلاء) وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي، لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً. ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق **(ولو قدر على الجماع في المدة بطل**

الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه، وهما يقولان: إن ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين، ولو كان المانع شرعياً بأن كان محرماً وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعداً فالفيء بالجماع، وعند زفر باللسان، وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعاً فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف، وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفاً قوله: **(وقال الشافعي: لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب «الطحاوي» لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً)** وضعف هذا لا يخفي على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره، فإن أراد بقوله: لو كان فيئاً لكان حنثاً لأن الفيء لا يكون إلا بالجماع، فلو كان بالجماع فكان حنثاً لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى **﴿فإن فاءوا﴾** [البقرة: ٢٢٦] لا يوجب تعين كون الفيء لا الجماع لأن معناه فإن رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم، وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وبإرضائها بالقول، ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالاه. والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا: ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق قوله: **(وصار فيؤه بالجماع)** حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق، وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة، وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم إذا رأى الماء قوله: **(سئل عن نيته)** هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله، وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية، وهو قول: أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم. وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلاثة، إلا أن مالكاً قال: ينوي في غير المدخولة. ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف، وفيه نحو أحد عشر مذهباً غير ما ذكرنا قوله: **(لأنه نوى حقيقة كلامه)** إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذباً، وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم: إنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء. وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون: عند عدم النية ينصرف إلى اليمين. والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار. وقيل: لا يصدق في القضاء، قاله: شمس الأئمة السرخسي، بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهراً، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى **﴿يا أيها النبي لم تحرّم ما أحل الله لك﴾** [التحريم: ١] إلى أن قال **﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾** [التحريم: ٢] فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر، وهذا هو الصواب على ما

مرض بعد ذلك، وفيؤه بالجماع عندنا خلافاً لزفر لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم. وقلنا: لم تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع. والثاني أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها، فإن قال ذلك سقط الإيلاء عندنا وقال الشافعي: **(لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي، لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً)** لأن الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر **(ولنا أنه آذاها بذكر المنع)** لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في

قوله: **(فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع)** أقول: وليس هذا كالمتيمم في هذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريقة محظورة فيما لزمه فلا يستحق تخفيفاً قوله: **(إذ لا حق لها فيه)** أقول: لسقوطه بعذر، وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر.

besturdubooks.wordpress.com

ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف **(وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته)**، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه، وقيل لا يصدق في القضاء لأنه

عليه العمل والفتوى كما سنذكر، والأول قول الحلواني: وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث قوله: **(إلا أن ينوي الثلاث)** ولا تصح نية الثنتين إلا في الأمة خلافاً لزفر والزهري، ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولاً. ولو طلق امرأته طلقة ثم قال: أنت عليّ حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء، ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث قوله: **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كذا ذكره القدوري، وليس مذكوراً في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي، وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافاً لمحمد. وجه قوله: أن الظهار تشبيه المحللة بالحرمة وهو منتف. وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه قوله: **(ولهما أنه أطلق الحرمة إلخ)** حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي أو لا، والأعم يحتمل الخصوصيات، فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء قوله: **(وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير به مولياً)** ونص في المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال: فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئاً كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته إلا بالنية هكذا قال محمد: ومن مشايخ بلخ من قال: تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان. وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها: حلال الله عليك حرام فقال: نعم تحرم هذه المرأة على زوجها؟ قال: نعم وكذلك حلال المسلمين. ثم على قول محمد رحمه الله: إذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأي ذلك وجد، فإذا تناول شيئاً من الطعام أو الشراب حنث أو نقض حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث، ولا فرق بين أن يتناول قليلاً أو أكثر، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه، وكذا لا يدخل اللباس إلا بالنية. وإذا دخل لا يخرج الطعام والشراب، ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى، ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين قوله: **(ومن المشايخ)** هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك، حتى لو قال لامرأته: إن تزوّجتك فحلال الله عليّ حرام فتزوّجها تطلق، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال، ولو قالت هي: أنا عليك حرام كان يميناً وإن لم تنو، فلو مكنته حنثت وكفرت وصار كما إذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة، وعن هذا قالوا: لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى. قال الأستاذ ظهير

الجماع إذ لا حق لها فيه حينئذ وإنما قصده الإيحاش باللسان، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن التوبة بحسب الجناية فلا يجازي بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئاً على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان. فإن قيل: إذا كان المولى مريضاً وقت الإيلاء وجب أن لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع إذ ذاك، فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردري، وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع. والثالث أنه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفيء، أما إذا لم يفيء فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف. ولقائل أن يقول: المولى إذا كان مريضاً حال الإيلاء لا نسلم أن الأصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفاً أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان. والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر، فعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر

قوله: **(لا نسلم إن الأصل في فيئه الجماع)** أقول: يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى **﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾** فإن وعد المغفرة إنما يكون أن إذا حنث وذلك بالجماع، فإنهم اتفقوا على أن وعد المغفرة على الفيء لا الإيلاء كما سبق.

besturdubooks.wordpress.com

يمين ظاهراً (**وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث**) وقد ذكرناه في الكنايات (**وإن قال أردت الظهار فهو ظهار**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه. ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (**وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً**

الدين المرغيناني: لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناوياً عرفاً، ولا فرق بين قوله: أنت عليّ حرام أو حرمتك علي أو لم يقل علي أو أنت محرمة علي أو لم يقل علي أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك. ويشترط قوله: عليك في تحريم نفسه، فلو لم يقله: لا تطلق وإن نوى الطلاق، بخلاف نفسها وقوله: أنت معي في الحرام بمنزلة قوله: أنت عليّ حرام. وفي الفتاوى: لو قال لامرأته أنت علي حرام أو حلال الله علي حرام فهو على ثلاثة أوجه: أما إن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة: إن كان له واحدة فقد ذكرنا، وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة، وإن لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين، وعلى فتوى الأوزجندي والإمام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان. وقال في «الذخيرة» «والخلاصة»: هو الأشبه. وعندي أن الأشبه ما في الفتاوى لأن قوله: حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة، فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله: هنّ طوالق لأن حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله: إحداكن طالق، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائناً. ولو قال: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ثم قال لامرىء آخر: إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر. قال الإمام ظهير الدين: ينبغي أن يقع كما لو قال معلقاً دون الأول.

[فروع تتعلق بالإيلاء] لو قال: لا قربتك ما دمت امرأتي فأبانها ثم تزوّجها لم يصر مولياً ويقربها بلا حنث. ولو قال: إن قربتك فعليّ أن أنحر ولدي صح الإيلاء خلافاً لزفر بناء على أنه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم، ولا يلزم فيه شيء عند زفر. ومالك يوجب فيه نحر جزور. وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي، وهو الأوجه لأنه نذر معصية. ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الإيلاء. ولو قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن يكون مولياً من كلهن، حتى لو مضت أربعة أشهر بنّ جميعاً، وقال زفر: لا يكون مولياً ما لم يطأ ثلاثاً منهن، لأن الحنث إنما يقع إذا وطىء الكل، فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون مولياً منهن بل من الرابعة، فكأنه قال: إن قربت ثلاثاً منكن فوالله لا أقرب الرابعة. قلنا: قصد الإضرار بهن كلهن فيكون مولياً منهن، فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث، وإذا وجد يضاف الحنث إلى وطء كلهن لا إلى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لأنه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها. ولو قال لهن: والله لا أقرب إحداكن جعلناه مولياً من واحدة. وقال زفر: مول من الأربع، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب إحداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج أن يعينها، وعنده بنّ كلهن لأن قوله: إحداكن وواحدة منكن سواء. ولو قال: لا أقرب واحدة منكن يصير مولياً منهن جميعاً فكذا هذا. قلنا: إحداكن لا تعم لأنه معرفة، ولذا لا يصح أن يقال لكل إحداهن عليّ درهم، وأما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم، ولذا صح لكل واحدة عليّ درهم. ولو قال لزوجتيه: والله لا أقرب إحداكما فمضت

على الجماع صار ظالماً بمنع حقها في الجماع، وتبين أن قصده في الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع. والأصل في الفيء حينئذ الجماع، ولكن في إطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (**وإذا قال لامرأته أنت عليّ حرام سئل عن نيته**) لأنه يحتمل وجوهاً لا يمتاز بعضها عن بعض إلا بالإرادة (**فإن قال أردت الكذب فهو كما قال**) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية إيلاء ولا ظهاراً (**لأنه نوى حقيقة كلامه**) لأن المرأة كانت حلالاً له، فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذباً، وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه ولا ينصرف إلى غيره إلا بقرينة أو نية لأن الحقيقة لا تحتاج إلى شيء من ذلك (**وقيل لا يصدق في القضاء**) ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما أن القاضي لا يصدقه في

besturdubooks.wordpress.com

فهو يمين يصير به مولياً) لأن الأصل في التحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف، والله أعلم بالصواب.

المدة بانت واحدة وإليه البيان، ولو بين قبل مضي المدة لا يصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء الغد وبين الغد، وإذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى، فعند أبي يوسف لا تبين الأخرى، وكذا إذا لم يبين، وقالا: تبين لأن اليمين باقية ما لم يحنث، ولما زالت مزاحمة الأولى بالبيان تعينت الأخرى بالإيلاء كما لو ماتت إحداهما. وله أنه آلى من إحدهما لا منهما، وإحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى. وفي «المحيط»: لو قال: أنتما عليّ حرام يكون مولياً من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها. ولو قال: والله لا أقربكما لا يحنث إلا بوطئهما، والفرق أن هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق إلا بوطئهما. وفي قوله: أنتما عليّ حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما، ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند أبي حنيفة. وروى أبو يوسف عنه أنه يبطل إيلاؤه، وإن اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول: له لأنه يملك الفيء، وبعد مضي المدة فالقول لها لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملكه فيها، والله سبحانه الموفق.

إبطال الإيلام لأنه يمين ظاهراً لكونه تحريم الحلال كما نذكره **(وإن قال أردت الطلاق)** فإن لم ينو شيئاً من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين **(فهي واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث فثلاث)** لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: ليس بظهار)** نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر. لمحمد أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهاراً **(ولهما أنه أطلق الحرمة)** وهي تحتمل أنواعاً، والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلاق الحرمة، ومن نوى محتمل كلامه صدق **(وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئاً فهو يمين يصير به مولياً)** فإن قربها كفر، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء: أما إذا أراد التحريم **(فلأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا)** لقوله تعالى **﴿يا أيها النبيّ لم تحرم ما أحل الله لك﴾** إلى قوله **﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾** وأما إذا لم يرد شيئاً فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك، ولأن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض أربعة أشهر، وفي الظهار تثبت في الحال. وإذا أريد به الطلاق وقع بائناً ويحرم الوطء والإيلاء لا يحرم الوطء، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها، وسيجيء الكلام فيه في الأيمان إن شاء الله تعالى **(ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية)** قال أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد: قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق، والله تعالى أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

باب الخلع

(وإذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله ﷺ «الخلع تطليقة

باب الخلع

هو لغة: النزع خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب، قال تعالى ﴿هنّ لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة: ١٨٧] وفي الشرع: أخذه المال بإزاء ملك النكاح، والأولى قول: بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي. والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو إزالة ملك النكاح ببدل، ولا بد من زيادة قولنا: بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه، فالصحيح إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع، فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقاً وإلا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف. ولو قيل: إنه بالمفهوم الشرعي مما صدقات المفهوم اللغوي لأن النزع مطلقاً أعم من كون متعلقه أمراً حسياً أو معنوياً كقيد النكاح بمقابلة شيء أولا لم يبعد، ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الأصول لغة لأن تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للأعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك. وشرطه شرط الطلاق. وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا. وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضه من جانبها فتراعي أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة، وعندهما هو يمين من الجانبين، وستأتي ثمرة الخلاف قوله: (إذا تشاقّ الزوجان) أي تخاصما (وخافا) أي علما كقوله:

ولا تدفنني في الفلاة فإنني أخاف إذا ما مت أن لا أذوقها

أي أعلم. وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التي أمر أن لا تتجاوز، وهذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك، لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل. وقد يقال: جواب المسئلة في كلام القدوري الإباحة، فإنه قال: لا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال: وإباحة الأخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطاً في ذلك قوله: (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف، وذهب المزني إلى أن الخلع غير مشروع أصلاً، وقيدت الظاهرية صحته بما إذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها أو أن لا توفيه حقه ومنعته إذا كرهها هو. وقال قوم: لا يجوز إلا بإذن السلطان، روي عن ابن سيرين بن جبير والحسن. وقالت الحنابلة: لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق. وقال آخرون: يقع ويكون رجعياً، فإن راجعها ردّ البدل الذي أخذه، رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب، قال: فكان الزهري يقول ذلك. وجه قول المزني: إن قوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] نسخ حكمها بقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا

باب الخلع

أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين: أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة. والثاني أن مبنى الإيلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالباً فقدم ما

باب الخلع

قوله: (والخلع نشوز) أقول: أي مبنى الخلع قوله: (فقدم ما بالرجل الخ) أقول: ولأنه لا يحصل الفرقة بالإيلاء إلا بعد مدة،

besturdubooks.wordpress.com

بائنة») ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، والواقع بالكناية بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا،

تأخذوا منه شيئاً﴾ [النساء: ٢٠] أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخير هذه وعدم إمكان الجمع، والأول متف، وكذا الثاني، ولأن هذا النهي متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها، والآية الأخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقاً؟ نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة: أعني صورة إرادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسناً. وحاصله أنه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية. فإن قيل: الجواب مبني على تقديم الخاص مطلقاً. فالجواب لا يصح لأن هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا. لأنا إذا قلنا: يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب إذا أمكن والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لأن فيه الاحتياط وهو في هنا تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص، وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعاً والخاص يخرج منه بعض الأفراد كما في «لا صلاة بعد الفجر والعصر»[١] مع قوله ﷺ «لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار»[٢] وإيجاباً كقوله ﷺ «فيما سقت السماء العشر»[٣] مع قوله: «ليس فيما

بالرجل على ما بالمرأة، والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها. وهو في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. وشرطه شرط الطلاق. وحكمه وقوع الطلاق البائن. وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف (**إذا تشاق الزوجان**) أي تخاصما وصار كل منهما في شق: أي جانب (**وخافا أن لا يقيما حدود الله**) أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية (**فلا بأس بأن تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾**) أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداه، من الأسر: إذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث وكان المال الذي يعطي في تخليصهن فداء (**فإذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله ﷺ «الخلع تطليقة بائنة»**) روي

بخلاف الخلع فكان نسبة الإيلاء إلى الخلع نسبة الطلاق الرجعي إلى البائن قوله: (**وحكمه وقوع الطلاق البائن**) أقول: يعني عندنا قوله: (**إنه من جانب المرأة معاوضة إلخ**) أقول: ويمين من جانب الزوج قال المصنف: (**وإذا تشاق الزوجان**) أقول: قال ابن الهمام: هذا الشرط خرج مخرج الغالب، إذ الباعث على الاختلاع غالباً ذلك لا أنه شرط معتبر المفهوم. وقد يقال جواب المسألة في كلام القدوري الإباحة، فإنه قال لا بأس وإباحة الأخذ مشروطة بمشاقتها اهـ. وفيه نوع تأمل قوله: (**فإذا فعلا ذلك**) أقول: وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٨٦ وأطرافه في ١١٨٨، ١١٩٧، ١٨٦٤، ١٩٩٢، ١٩٩٥ ومسلم ٨٢٧ والنسائي ١/ ٢٧٨ وابن ماجه ١٢٤٩ وأحمد ٣/ ٩٥، ٣٩ كلهم من حديث أبي سعيد «لا صلاة بعد الصبح حتى ترتفع الشمس، ولا صلاة بعد العصر حتى تغيب الشمس» هذا اللفظ للبخاري.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ١٨٩٤ والترمذي ٨٦٨ والنسائي ١/ ٢٨٤ وابن ماجه ١٢٥٤ وأحمد ٤/ ٨٠ والحاكم ١/ ٤٤٨ والبيهقي ٢/ ٤٦١ كلهم من حديث جبير بن مطعم ورجاله معروفون ثقات.

قال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٣ وأبو داود ١٥٩٦ والترمذي ٦٤٠ والنسائي ٥/ ٤١ وابن ماجه ١٨١٧ كلهم من حديث الزهري عن سالم عن ابن عمر بأتم منه.

وأخرجه مسلم ٩٨١ وأبو داود ١٥٩٧ وأحمد ٣/ ٣٥٣ كلهم من حديث جابر بأتم منه.

وأخرجه الترمذي ٦٣٩ وابن ماجه ١٨١٦ كلاهما من حديث أبي هريرة بأتم منه.

وورد من حديث معاذ أخرجه ابن ماجه ١٨١٨ والدارمي ١٦٢١ وأحمد ١/ ١٤٥.

فهذا حديث مشهور، وهو في غاية الصحة.

ولفظ البخاري «فيما سقت السماء والعيون، أو كان عثرياً العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر».

قوله عثرياً: قال الخطابي: هو الذي يشرب بعروقه من غير سقي، أو بأن يكون قريباً من الماء، فيصل إلى جذوره اهـ. فتح الباري ٣/ ٣٤٩ مع التصرف.

besturdubooks.wordpress.com

....

دون خمسة أوسق صدقة»[١] وإلا فنفس كونه عاماً لا يقتضي التقدم لعين مفهومه، بل لما يشتمل عليه من الاحتياط، بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الأخذ إذا كان النشوز من قبله، وهو ما ذكر المصنف بقوله: كره له أن يأخذ: يعني كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب وإن قال الإمام «المحبوبي» في جوابهم: تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لأن الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها، فإن المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض، لكنه أراد ما ذكرنا، وسيأتي ما هو الحق فيه إن شاء الله تعالى. وجه قول الحنابلة: وهو قول الشافعي: في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس: الخلع فرقة وليست بطلاق[٢]. رواه الدارقطني عنه. وروى عبد الرزاق عنه: لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له أن ينكحها، قالوا: ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما[٣]. وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوّذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها إلى عثمان فقال إن ابنة معوّذ اختلعت اليوم أفتنتقل؟ فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل، فقال ابن عمر: عثمان خيرنا وأعلمنا[٤]، فهؤلاء أربعة من الصحابة، فإن ربيع وعمها صحابيان، قالوا بذلك، ويستدل عليه أيضاً بالآية، قال تعالى **﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾** إلى أن قال **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: فإن طلقها: يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى **﴿أو تسريح بإحسان﴾** على ما أسلفناه من التقرير في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق، وإلا كان الطلاق أربعاً والثاني منتف. وأيضاً فإن النكاح عقد يقبل الفسخ. وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء. قلنا: أما هذا الأخير فحاصله أنه وجه مجوّز لكونه فسخاً لا يوجب كون الواقع في الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد. وأما الآية فبالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل أن الافتداء فرقة ليس غير. فإن حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصاً من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقاً هو الثالثة أو لا فتعين أخذها من خارج البتة، وهذا أوجه من قولهم: بين الثالثة بعوض وبغيره لأنه لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت، ولأنه يقتضي أن لا يشرع الخلع إلا بعد ثنتين، بل إنما نص على شرعية الثلاث وبين حكماً آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك، وأما ما ذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال: لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة. وأصل هذا ما روي من حديث

ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، **(ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات)** فإذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع **(والواقع بالكناية بائن)** فإذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطاً وليست بشرط. أجاب بقوله: **(إلا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا)** وقد قيل في بيانه إنّ الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح، فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج إلى النية **(ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)**. قوله: **(وإن كان النشوز من قبله)** يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة: إذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٨٤ ومسلم ٩٧٩ وأبو داود ١٥٥٨ و ١٥٥٩ والترمذي ٦٢٦ والنسائي ٥/ ٤٠، ٤١ والدارمي ١٥٩٠ والبيهقي ٤/ ١٠٧ كلهم من حديث أبي سعيد.

«ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، ولا فيما دون خمسة ذود صدقة، ولا فيما دون خمس أواق صدقة» هذا لفظ مسلم.

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢٠ والبيهقي ٧/ ٣١٦ كلاهما عن ابن عباس موقوفاً.

(٣) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٣ عن ابن عباس من قوله.

(٤) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٥٠، ٤٥١ عن نافع مولى ابن عمر.

besturdubooks.wordpress.com

....

ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه، فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة»[1] فسمى الحيضة عدة. رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه. ثم رأيناه ﷺ حكم في خلع امرأة ثابت ابن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري أنه قال له «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[2] فقول عثمان: لا عدة عليها: يعني العدة المعهودة للمطلقات، وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخاً، على أن الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوّذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر فاخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره، فقال ابن عمر: عدتها أو عدتك عدة المطلقة[3].

وقال: بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون: عدة المختلعة ثلاثة قروء[4].

وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي ﷺ وآي الأحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلاً للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك، وظاهر حال ربيع وعمها ذلك، فإنهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال: فاعتقداه، فليس في المعنى إلا قول صحابيين: لأن المقصود قول: أهل الاجتهاد، وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخاً وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك، فلم يبق إلا قول: ابن عباس، وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان رضي الله عنه فأجاز ذلك وقال: هي طلقة بائنة، إلا أن تكوني سميت شيئاً فهو على ما سميت[5]. ولا نعرفه فيه إلا أن جمهان[6] لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك، وهو جمهان أبو يعلى، وأبو العلى مولى الأسلميين، ويقال: مولى يعقوب القبطي يعدّ في أهل المدينة تابعياً. روي عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الأسلمية. وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما، وقال ابن حبان في الثقات: هو جدّ جدة عليّ بن المديني فهي ابنة عباس بن جمهان، روى له ابن ماجة حديثاً واحداً في الصوم عن أبي هريرة «لكل شيء زكاة، وزكاة الجسد الصوم، والصوم نصف الصبر»[7] فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم، ثم يعارضه قول غيره، بل والمروى عن رسول الله ﷺ: أسند ابن أبي شيبة: حدثنا

استعصت عليه وأبغضته. وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له أن يأخذ عوضاً لقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً﴾) فإن قيل: النهي ورد عن فعل حسي وهو الأخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية، ثم هو مؤكد بتواكيد هي قوله ﴿أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً. وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً﴾ فكيف الجواز مع الكراهة؟ أجيب بأن

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٢٩ والترمذي ١١٨٥ والحاكم ٢/٢٠٦ كلهم من حديث ابن عباس.
قال الترمذي: حسن غريب.
وقال أبو داود: هذا الحديث رواه عبد الرزاق عن معمر عن عمرو بن مسلم عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد غير أن عبد الرزاق أرسله عن معمر. ووافقه الذهبي. ورجاله رجال الصحيح.
لكن عمرو بن مسلم الجندي روى له مسلم وغيره، وهو صدوق له أوهام قاله في التقريب.
وانظر نصب الراية ٣/ ٢٤٤.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٧٣ بهذا اللفظ و ٥٢٧٤ و ٥٢٧٥، ٥٢٧٦ والنساء ٦/١٦٩ والبيهقي ٧/٣١٣ كلهم من حديث ابن عباس.

(٣) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٥٩٥ حـ ٣٣.

(٤) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٥٦٥.

(٥) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/٣١٦ ومالك كما في نصب الراية ٣/٢٤٣.

(٦) قوله جمهان هو كعثمان كما في القاموس ووقع في أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذي في القاموس هو الموافق للنسخ، كتبه مصححه.

(٧) أخرجه ابن ماجه ١٧٤٥ من حديث أبي هريرة بإسناد ضعيف.
قال البوصيري في الزوائد: إسناد الحديث عن الطريقين معاً ضعيف فيه موسى بن عبيدة الزبري ومدار الطريقين عليه، وهو متفق على تضعيفه.

besturdubooks.wordpress.com

. . . .

علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء.[١] وروي عن عليّ أيضاً وتقدم ما رويناه عن عثمان، وقال عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة»[٢] ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين، وكبار التابعين قلّ أن يرسلوا عن رسول الله ﷺ إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فعن ثقة، هكذا تتبعت مراسيله، وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه ﷺ «الخلع طلقة بائنة» وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي من «أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة»[٣] وإن كان لا يصح على طريق أهل الشأن لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الأمر، فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الأمر مع الضعف في الظاهر. وههنا نظر على أصولنا، وهو أن ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٤] ثم إنّ ابن عباس قال: بأنه فسخ، وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ، اللهم إلا أن يثبت رجوعه كما قالوا، والله أعلم به. والجواب أن بتقدير أن ثابتاً طلقها امتثالاً لأمره ﷺ لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع، بل يصير طلاقاً على مال، فقول ابن عباس بعد ذلك: الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعاً حيث قال: وكان أول خلع في الإسلام يعني أول طلاق بمال، لأن الظاهر أن المخاطب بقوله: ﷺ طلقها امتثل قوله: ﷺ فطلق، وكثيراً ما يطلق الخلع على الطلاق بمال. وعلى كل حال فالأظهر من قول الصحابة ما قلناه: مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري، ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا إلى النظر في المعنى أفاد ما قلناه: فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: **(ولأنه)** أي الخلع **(من الكنايات)** حتى لو قال: خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا، لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به، وقد قدمنا في الكنايات أنها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم ينخلع، ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال، وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله، وأيضاً هذه فرقة بعد تمام النكاح، والأصل فيه كونها طلاقاً لأنه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك، والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعاً عن إتمامه معنى، وأيضاً ملك النكاح ضروري لأنه وارد على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ، وأما وجه من قال: لا بد من إذن الإمام فلم أره، ويظهر أن قوله تعالى **﴿فإن خفتم أن يقيما حدود الله فلا جناح عليهما﴾**

النهي وإن ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله ﷺ «لا تتخذوا الدوابّ كراسي» وإلى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال **(وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وفي الجامع الصغير: طاب الفضل أيضاً لإطلاق ما تلوناه بدءاً)**. أي

---

(١) موقوف. أما الوارد عن علي وابن مسعود فقد ذكرهما البيهقي في سننه ٧/ ٣١٦ وقال: في إسنادهما مقال.

وتعقبه ابن التركماني فقال: في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن علي بن المبارك عن يحيى بن أبي كثير قال كان عمران بن حصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها ورجال هذا السند على شرط الجماعة.

(٢) مرسل قوي. رواه عبد الرزاق في «مصنفه» وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٣.

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٦ والدارقطني ٤/ ٤٦ وابن عدي في الكامل ٤/ ٣٣٥ كلهم من حديث ابن عباس مداره على ابن عباد ضعفه البيهقي به، وأعلّه ابن عدي.

(٤) صحيح. تقدم تخريجه قبل سبعة أحاديث.

besturdubooks.wordpress.com

ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة (**وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً**) **لقوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** إلى أن قال **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا

[البقرة: ٢٢٩] فإنه تعالى شرعه مشروطاً لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى **﴿فإن خفتم﴾** وهذا فرع الترافع إليهم وإن كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر. والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطإ يفيد أن الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره، وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما إذا ارتفعوا إليهم لا أنه لا بد من الترافع إليهم، وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى، وتبين حينئذ أنه ليس مباحاً لقوله: ﷺ «المختلعات هن المنافقات»[1] رواه الترمذي، وفيه وفي أبي داود عنه ﷺ «أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة»[2] لا بالحكم بعد النفاذ والصحة إذا وقع. من قال: إنه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له، ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو إنها إنما بذلت المال لتسلم لها نفسها، والله تعالى شرع الافتداء لذلك، وإلا لو كان رجعياً لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ولأنه معاوضة، والزوج قد ملك المال حكماً لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكماً لها تحقيقاً لها كما في جانبه، والله سبحانه أعلم قوله: (**إلا إن ذكر المال**) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله إنه كناية من افتقاره إلى النية، ومقتضاه أنه إذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك، قالوا: لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول: بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في إنكارها قضاء في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره في «الكافي». فأجاب بأن ذكر المال يغني عنها إذ هو قرينة ظاهرة: على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لا يستحقه إلا بسببه قوله (**وإن كان النشوز من قبله كره له أن يأخذ منها شيئاً لقوله تعالى ﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾**) [النساء: ٢٠] نهى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه).

أولاً، يعني قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره (**ووجه الرواية الأخرى**) أي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الأصل قوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما الزيادة فلا» وقصتها ما روي «أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه، فقال: أتردين إليه حديقته؟ فقالت: نعم وزيادة، فقال ﷺ: أما الزيادة فلا»

قوله: (**فقالت لا أعتب**) أقول: العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب، ومنه هذا الحديث قوله: (**أولى أن لا يكون مباحاً إلخ**) أقول: فيه بحث، إذ ما ذكره من الأولوية غير ظاهر قوله: (**قوله تعالى ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئاً**) أقول: قال ابن الهمام: فيه نظر لأن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده، وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ. أقول: ممنوع، بل تخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد، فإنه إذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية، وكذا إذا نشز الرجل فتأمل.

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١١٨٦ من حديث ثوبان وقال: هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي.
وأخرجه البيهقي ٧/٣١٦ من حديث أبي هريرة وإسناده ضعيف لأنه من رواية الحسن عن أبي هريرة والجمهور على أنه لم يسمع منه.
وأما حديث الترمذي، ففي إسناده الليث بن أبي سليم وهو ضعيف.

(٢) ضعيف بهذا اللفظ. ذكر الترمذي معلقاً عند حديث رقم ١١٨٦ بصيغة التمريض والمشهور فيه ما أخرجه أبو داود ٢٢٢٦ والترمذي ١١٨٧ والدارمي ٢١٨٧ وابن ماجه ٢٠٥٥ والبيهقي ٧/٣١٦ وابن الجارود ٧٤٨ وابن حبان ٤١٨٤ والحاكم ٢/٢٠٠ وأحمد ٥/٢٧٧، ٢٨٣ كلهم من حديث ثوبان.
قال الترمذي: حديث حسن.
قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.
تنبيه: عزاه المصنف لأبي داود بلفظ: المختلعات، ولم يوجد.

besturdubooks.wordpress.com

يزيد في وحشتها بأخذ المال **(وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها)** وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضاً لإطلاق ما تلونا بدءاً. ووجه الأخرى قوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس بن شماس «أما

وتقدم ما قيل: من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء إذ لا معارضة في التحريم، فإن إطلاق نفي الجناح في آية المطلقة مقيداً بالمشاقة فإن الآية هكذا **﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله، فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] والنهي في الآية الأخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الأخذ. على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتاً بالعموم القطعية، فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل إضراراً وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى **﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾** [البقرة: ٢٣١] فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراماً إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف آخراً: أي يحكم بصحة التمليك وإن كان بسبب خبيث، وعلله بقوله **(لأن مقتضى ما تلوناه)** يعني قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] **(شيئان الجواز حكماً)** يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره مشبهاً بأخذ الزيادة وقد قال: فيها جاز في القضاء **(والإباحة وقد ترك في حق الإباحة لمعارض)** وهو قوله تعالى **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** [النساء: ٢٠] الآية فبقي معمولاً به في الباقي: أي الجواز في القضاء. لا يقال: الجواز هو والإباحة ويتلازمان وجودا وعدماً. لأنا نقول: إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر، ومعنى الجواز من جاز: أي مر. وبعد فهو النافذ شرعاً: أي الصحيح وهو المعتبر سبباً لترتيب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل شرعي على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم، وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها، ولو فعل كان أخذه سبباً للتمليك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك وسبب ممنوع. لا يقال: النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعاً فيخرجه عن انتهاضه سبباً مفيداً لحكم الملك كالنهي عن الزنا، لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغيره لا لعينه وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش. ولقائل أن يقول: إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعاً وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالته المطابقية على الإباحة إذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح، ويلزم من ثبوت الإباحة النفاذ، فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعاً وهو معدوم، وعلى هذا يظهر قول الظاهرية: قوله: **(لإطلاق ما تلونا بدءاً)** أي أوّلاً وهو قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** يعني بطريق دلالته لا عبارته، فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما، ولا شك أن في مشاقتهما مشاقته، فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقاً فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى قوله: **(ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة ثابت الخ)** تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري، وليس فيه ذكر الزيادة، وقد رويت مرسلة ومسندة، فروى أبو داود في مراسليه وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله

(وكان النشوز منها) بما روينا من الحديث، فكان قوله «أما الزيادة فلا» ينفي إباحة أخذ الفضل على ما تذكره، وإذا انتفى الإباحة كان مكروهاً **(ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا)** من قوله تعالى **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** **(شيئان: الجواز حكماً)** أي جواز أخذ الزيادة في القضاء **(والإباحة)** أي إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله، وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس، لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة، فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الإباحة أيضاً، وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة، ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة **(وقد ترك)** يعني ما تلونا **(في حق الإباحة لمعارض)** وهو قوله

sturdubooks.wordpress.com

الزيادة فلا» وقد كان النشوز منها **(ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء)** وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكماً والإباحة، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولاً في الباقي **(وإن طلقها على**

ﷺ تشكو زوجها، فقال: أتردّين عليه حديقته التي أصدقك؟ قالت: نعم وزيادة، قال: أما الزيادة فلا»[1] وأخرجه الدارقطني كذلك، وقال: وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح. وأخرج عن أبي الزبير «أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال النبي ﷺ: أتردّين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت نعم، فأخذها وخلى سبيلها»[2] ا هـ. قال: سمعه أبو الزبير من غير واحد، ثم أخرج عن عطاء أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها»[3] وروى ابن ماجة عن ابن عباس «أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكنني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضاً، فقال النبي ﷺ: أتردّين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد»[4] ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة[5]، وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية، وزاد فيه؛ وكان ذلك أول خلع في الإسلام[6]، فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده، وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة، وقد اعتضد هنا بهما جميعاً وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب، في اسم أبيها عبد الله بن أبيّ ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة. فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن نفيل: أن الربيع بنت معوّذ ابن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فما دونه[7]. وذكر أيضاً عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها. وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت إليه امرأة نشزت على زوجها فقال: اخلعها ولو من قرطها[8]. ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير.

---

(١) مرسل قوي. أخرجه أبو داود في المراسيل وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٤٤ والدارقطني ٣/ ٢٢١ كلهم عن عطاء، وكذا البيهقي ٧/ ٣١٤ رووه مرسلاً.

قال الدارقطني: وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٤ والدارقطني ٣/ ٢٥٥ كلاهما عن أبي الزبير عن ثابت بن قيس بن شمّاس.

قال الدارقطني: سمعه أبو الزبير من غير واحد.

وقال البيهقي: هذا أيضاً مرسل.

أعله البيهقي بالإرسال لأن أبا الزبير لم يسمع ثابت بن قيس بن شمّاس وأبو الزبير مدّلس، وقد عنعنه، فحديثه غير قوي لكن يقويه خبر عطاء الآتي، فهو حسن.

(٣) مرسل. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٣١٤ كلاهما عن عطاء.

قال البيهقي: رواه الحميدي عن سفيان بن عيينة وبمعناه رواه الثوري عن ابن جريج.

(٤) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٠٥٦ والدارقطني ٣/ ٢٥٤ و ٢٥٥ والبيهقي ٧/ ٣١٣ كلهم من حديث ابن عباس رجاله ثقات سوى أزهر صدوق كما في التقريب.

والحديث تقدم تخريجه في ٢/ ٢١٣ بدون لفظ «ولا يزداد».

(٥) هذه الرواية عند ابن ماجه برقم ٢٠٥٧ قال البوصيري: في إسناده حجاج بن أرطاة مدّلس وقد عنعنه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٦) حسن. أخرجه أحمد ٤/ ٣ من حديث سهل بن أبي حثمة وفيه الحجاج بن أرطاة واهٍ لكن الحديث حسن في الجملة.

(٧) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٥ عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء.

(٨) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٣١٥ عن عمر بن الخطاب.

besturdubooks.wordpress.com

مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً وقد علقه بقبولها، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الإعتياض عنه وإن لم يكن مالاً كالقصاص **(وكان الطلاق**

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا يأخذ منها فوق ما أعطاها. ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وقال طاوس: لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله **﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾** [البقرة: ٢٢٩] أجيب إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطيعة في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضاً لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** [النساء: ٢٠] فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لأنه موافق لأحد النصين، وفيه نظر لما قدمنا من أن النهي عن الأخذ في هذه آية مقيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصاً. لا يقال: أخذ الزيادة أيضاً غير متناول المطلقة لأنها في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما. لأنا نقول: تثبت إباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا، وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه. نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى، ويكون محمل منعه ﷺ ثابتاً من أن يزداد الحمل على ما هو الأولى وطريق القرب إلى الله سبحانه، والله أعلم. قوله: **(ولو طلقها إلخ)** صورته أن يقول: أنت طالق على ألف أو بألف، أما لو قال: وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافاً لهما وسيأتي، وقوله: فقبلت وقع الطلاق: أي غير متوقف على الأداء ولزمها المال فيطالبها به إن كانت حرة أو أمة اختلعت بإذن سيدها حتى تباع فيه، وإن اختلعت بغير إذنه لا تطالب إلا بعد العتق، وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الأداء كما ذكره المصنف حيث قال: وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء، وإلى هنا يتم التقرير، ولا بد من كون القبول في المجلس. وزاد في النهاية قوله: ولو قلنا: بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض، وهي إنما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على أن تدخلي الدار: يعني أن تعليقه بالأداء يخرج إلى أن المعنى إن أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضرّ في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه. وقد يقال: إن ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجاً إليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك. واعلم أن تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرد هو فيما يتحقق فيه التحقيق أما فيما يحتمل فلا، فلذا اختلف فيما إذا قال: خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقاً، وقيل: لا يصح مطلقاً. وقال الفقيه أبو جعفر: ينوي الزوج إن أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى قوله: **(لما بينا)** يعني قوله: ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها قوله: **(وهي النفس)** أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر: أعني النفس قوله: **(وإن بطل العوض في الخلع إلخ)** حاصله أنه إذا شرط في الفرقة عوضاً غير متقوم حتى بطل، فإما أن يكون موقعاً بلفظ الخلع أو الطلاق، ففي الخلع يقع بائناً، وفي الطلاق يقع رجعياً إن كانت مدخولاً بها وهي دون الثلاث، وترك المصنف التقييد بهما

ﷺ «أما الزيادة فلا» لكونه نهياً لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية **(فبقي معمولاً في الباقي)** وهو الجواز. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن النهي إنما ورد في الحديث عن الرد، وكلامنا في كراهية الأخذ فليس الحديث متصلاً بمحل النزاع. والثاني أن الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب. والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الأخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحاً فكان متصلاً بمحل النزاع من هذا الوجه. وعن

besturdubooks.wordpress.com

بائناً) لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقاً للمساواة. قال: **(وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعياً)** فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة

لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد، وفيهما معاً لا يجب شيء للزوج. وجه الحكم الشامل أن ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق إجماعاً وإباحة الافتداء ليس وضعاً لتقومه شرعاً وإلا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل، فإذا سمي غير المتقوم كان راضياً بسقوطه مجاناً. وجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لأنه من خلع الخف والنعل والقميص، وقدمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها، كما أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائناً ومالا فرجعي، ولفظ الخلع من الأول، بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة علىٰ ما سلف فإنما يقع بها رجعي، ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة، ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول: مالك وأحمد، والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها، وقال هنا: إن الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياساً على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق، فإن الشارع جعل البضع متقوماً حالة الدخول، حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوماً حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة. وفي كتب المالكية: لو خلعها على حلال وحرام فخمر ومال صح ولا يجب له إلا المال قيل: هو قياس قول أصحابنا: وهو صحيح. وفي جوامع الفقه: خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لأنه مال لا تستحقه بحال، وعرف مما قررنا أن اقتصاره على قوله: لأنه من الكنايات لا يستلزم البينونة قوله: **(بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه لأنها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغروراً)** فيرجع عليها، فعند أبي حنيفة ترد مهرها، وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطاً كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر، ولو علم الزوج بكونه خمراً لا شيء له قوله: **(وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر)** أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم. واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فإن الكتابة حينئذ باطلة، حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة، فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه **(لأن ملك المولى فيه متقوم)** ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كثمنه ابتداء **(وما رضي بزواله مجاناً)** لأنه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض، والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه، ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه، لأنه إذا تعذر البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل. ولقائل أن يقول: إن عنى بكون العبد متقوماً عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعاً فممنوع، وإن عنى إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج، فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير. والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بأن الشرع قوّم

الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ أبان وهو ناشز قوله تعالى **﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾** إلى قوله **﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾** والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضاً للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة **(وإن طلقها على مال)** مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم **(فقبلت وقع الطلاق ولزم المال)** لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل، أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً لا محالة، وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم فيه متعلق بالقبول، وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وأما صلاحية المحل فلأن ملك النكاح مما

besturdubooks.wordpress.com

وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارّة له، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام، بخلاف ما إذا خالع على خل بعينة فظهر أنه خمر لأنها سمت مالاً

أوّلاً ببيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج قوله: **(والفقه فيه)** أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج **(أنه)** أي البضع **(شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض، فأما الإسقاط فنفسه شرف)** أي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية **(فلا حاجة إلى إيجاب المال)** إذ لم يجب إلا هذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله: **(وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع)** ولا ينعكس كلياً، فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهراً والبعض لا كالأقل من العشرة وما في يدها، وما في بطن غنمها وما في بطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها، ولا يجوز مهراً بل يجب مهر المثل. والفرق أن ما في البطن ليس مالاً في الحال بل في المآل فكان تعليقاً بالانفصال من البطن، وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق، فكذا الآخر: أعني المال، ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر، ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له، وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لأنها غير غارّة، إذ ما في البطن لم يتعين كونه مالاً إذا ظهر لجواز كونه ريحاً أو ميتة فلا يلزمها شيء. ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالاً، وهذا لأنه لما كان إسقاطاً حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الأجنبي لأن هذه تجوز مهراً.

وفي الخلاصة: قالت: طلقني على أن أؤخر ما لي عليك فطلقها، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير، وإن لم يكن لا يصح، والطلاق رجعي على كل حال. وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى، كأنه لأن الأول ليس فيه مال لأن مطالبتها به لا تسقط بل تتأخر، بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال أو مطالبتها إياه به قوله: **(أولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم)** وهو البضع حالة الخروج، بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم. وعن هذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها. ولو تزوّج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال. ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت وهي في العدة، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث قوله: **(لأنها لم تغره بتسمية المال)** لأن ما في يدها قد يكون متقوماً وقد يكون غيره فكان ذلك راضياً إن لم يكن مالاً أو كان، ومثل هذا قولها: على ما في بيتي أو ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لأن الشيء يصدق على غير المال، فإن كان فيه شيء قولها: فهو له كله، ولو قالت: على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب. وقوله: **(لا وجه إلا إيجاب المسمى)** أي ما سمته المرأة وهو المال **(وقيمته للجهالة)** قيل: عليه يجب أن يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار، وهو مذهب أحمد

يجوز الاعتياض عنه، وإن لم يكن مالاً كالقصاص فإنه ليس بمال، وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله، كذا في بعض الشروح **(وإذا وقع الطلاق كان بائناً لما بينا)** أنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها **(ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقاً للمساواة. قال: وإن بطل العوض في الخلع)** إذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة، وإن طلقها على ذلك

قوله: **(لأنها سمت مالاً)** أقول: تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر.

besturdubooks.wordpress.com

فصار مغروراً، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوّم وما رضي بزواله مجاناً، أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوّم على ما نذكر، وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول متقوّم، والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال. قال: **(وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع)** لأن ما يصلح عوضاً للمتقوّم أولى

رحمه الله. والجواب أن الجهالة توجب الفساد، ولأن كون أقل ما هو مال درهماً ممنوع قوله: **(لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة)** فإن قيل: هذا في قولها درهم ظاهر، أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم. فالجواب أن ذلك عند عدم إمكان العهدية، فأما إن أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فإن قولها: على ما في يدي أفاد كون المسمى مظروفاً بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها، فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت من بياناً ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى **﴿وليس الذكر كالأنثى﴾** للعهد لتقدم ذكره في قوله **﴿ما في بطني محرراً﴾** [آل عمران: ٣٥] وإن كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعاً بياناً للمعهود بخلافه في **﴿وليس الذكر كالأنثى﴾** [آل عمران: ٣٦] لأن المراد بلفظ ما فيه متعين لأن المنذور للبيعة إنما هو الذكر، ولأنه لا يكون للجنس إلا عند إمكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس لا أشتري العبيد لإمكان الاستغراق في النفي دون لأشترين العبيد لعدم الإمكان فيحنث بشراء عبد واحد بالأول ولا يبرّ بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة، وبهذا التقرير تبين لك أن من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف، ألا ترى إلى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولاً بمدخولها حال كونه خبر المبتدإ الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** [الحج: ٣٠] لصدق الرجس الذي هو الأوثان، اللهم إلا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح، وما قيل: إن تعين الثلاثة فيما إذا لم يكن في يدها شيء لأن البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة. دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف، وفيه نظر لأن المراد أنه لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترماً فالظاهر أن يراد ببدل إسقاط الملك عنه ما هو معتبر، والدرهم الواحد وإن صدق عليه الجنس الذي صار إليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به، بخلاف الجمع فإنه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملاً لا دلالة بالمعين

وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي، أما الاشتراك في وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم، والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة، وهذه اللفظة ليست منها، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالاً متقوّماً لتصير غارّة له، ولأنه لا وجه لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا إلزام غيره لعدم الالتزام به **(بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمراً)** فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة. وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط، وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالاً وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وإن أداها عتق وعلى العبد قيمته. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه)** أي في العبد **(متقوم)** حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب **(وما رضي بزواله مجاناً)** فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة **(أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر)** بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء، وهذا الجواب بالنسبة إلى العبد ظاهر كما ترى، وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه متقوماً لم يرض بزواله بلا بدل، ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة، وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوماً لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع، وإنما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسماة لأن في الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط. قيل وفي قوله على خمر تلويح إلى أنه لو كاتب على

besturdubooks.wordpress.com

أن يصلح عوضاً لغير المتقوم **(فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها)** لأنها لم تغرّه بتسمية المال **(وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها)** لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع: أعني مهر المثل لأنه غير متقوّم حالة الخروج إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر

المذكور، كما أنه يحمل على الفرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره قوله: **(على أنها بريئة)** يعني إن وجدته سلمته وإلا فلا شيء عليها قوله: **(وعليها تسليم عينه إلخ)** هذا فرع صحة التسمية، وإنما صحت في الخلع لأن مبناه على المسامحة بسبب أنه اعتياض عن غير مال، فالعجز عن تسليمه لا يفضي إلى المنازعة في القيمة فتدفع. وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه إن رضي سيده وإلا فقيمته، وهذا بطريق أولى لأنه يجوز التزوّج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى، بخلاف البيع لأن مبناه على المشاحجة فالعجز يفضي إليها وهو لم يشرع إلا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه، وبخلاف ما إذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لأن الجهالة متفاحشة لاختلاف الأجناس فلا يمكن إيجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته، بخلاف ما نحن فيه لأنه يمكن تسليمه أو قيمته. وغاية الأمر أن يكون كتسمية عبد وسط، فإذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط، بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد، ثم يجب كونه سليماً لأن وجوب مطلق الشيء يقتضي كماله، لأن المعيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلي هو العيب، فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه، بخلاف اشتراط كونه معيباً لأنه إثباته، ثم إسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه، وذلك لا يخل بإثبات مقتضاه. أو نقول: السلامة إنما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره، بخلاف أصل البدل فإنه حكم كل عقد مطلقاً. ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته، ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لأنها غرته بتسمية العبد، ولو كان حياً

ميتة أو دم فالكتابة باطلة، حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة. وقوله: **(وبخلاف النكاح)** للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء **(لأن البضع في حالة الدخول متقوم)** ولهذا إذا تزوّج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال **(والفقه)** ما ذكره وهو واضح. قال: **(وما جاز أن يكون مهراً في النكاح جاز أن يكون بدلاً في الخلع)** كل ما جاز أن يكون مهراً في النكاح جاز أن يكون بدلاً في الخلع ولا ينعكس **(لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمتقوّم أولى أن يصلح عوضاً لغيره)** ولا يتعكس، فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز، وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده. ولو تزوّج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة أو التعليق واحد

قوله: **(لكنها بالنظر إلى ذلك)** أقول: إشارة إلى قوله بعرضية أن يصير مالاً قال المصنف: **(ردت عليه مهرها)** أقول: قال ابن الهمام: قيل عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار وهو مذهب أحمد، والجواب: الجهالة الفاحشة توجب الفساد، أو لأن كون أقل ما هو نال درهماً ممنوع اهـ. وأنت خبير بأن كون أقل ما هو مال درهماً مذكور ومصرح به كتاب الإقرار قوله: **(وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين)** أقول: فيكون له في لفظة اصطلاح قوله: **(ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض إلخ)** أقول: تقدم في آخر فصل المشيئة أن من قوله طلقي نفسك من ثلاث ما شئت للتبعيض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه قوله: **(لأن قوله دراهم يجوز أن يكون بدلاً إلخ)** أقول: ويصح ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ على البدلية قوله: **(واللام إذا دخل الجمع إلخ)** أقول: اعتراض ثان قوله: **(والجواب عن الأول إلخ)** أقول: إذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تفريعاً على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع أنها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب.

sturdubooks.wordpress.com

عنه (ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم) لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة، وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل بدونه (فإن اختلعت على عبد

فاستحق لزمها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة. ويجب في صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخل المعين إذا ظهر خمراً وهو يعلم. وفي كافي الحاكم: وإن اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق، وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته قوله: (فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء قوله: (فعليها ثلث الألف) وبه قال الشافعي. وعن مالك تقع بالألف. وعند أحمد تقع بغير شيء، والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله إن الباء تصحب الأعواض باتفاق، والعوض ينقسم على المعوّض بالضرورة وإلا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض، لكن الغرض أن لا تبرع بشيء منه، لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الألف، والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه، لأنه إذا كان العلم محيطاً بالانقسام في نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه، لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الأخريين لا منفردة، فإيقاعه الواحدة فقط إيقاع غير المسئول فيقع بغير شيء، وهو وجه قول الإمام أحمد، فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلقة بثلثها، وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار أنه تحصيل بعض المقصود، كذا هذا بل أولى، فإن مقصودها الأصلي ملكها نفسها بقطع ملكه. غير أنها ذكرت إحدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فإبانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها، بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الأعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة: فإنه لمانع وهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع، لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الرديء في الصفقة ليروّجوا الرديء، فالقبول في بعضها إلحاق الضرر به، وبخلاف ما لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هنا راض بالبينونة وقابلاً بثلث الألف حيث كان الإيقاع منه، وفي هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزائها ألف ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يدل على الرضا. ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها ثلاثاً متفرقة في مجلس واحد استحق الألف استحساناً. وفي «الذخيرة» قالت: طلقني ثلاثاً على ألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الألف لأنها التزمته بإزاء الحرمة الغليظة. وفي المرغيناني: لو قال: أنت طالق أربعاً بألف فقبلت طلقت ثلاثاً بألف، ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع. وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الأمر باليد عن أبي يوسف: لو قالت: طلقني أربعاً بألف فطلقها ثلاثاً فهي بالألف،

العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر. وأما الخلع فأحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل، وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد، وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرّته لأن ما في البطن قد يكون مالاً متقوماً وقد يكورن ريحاً (فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال لأن كلمة «ما» عامة تتناول المال وغيره (وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال مجاناً، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة) أي جهالة كل واحد منهما، ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى، وإن كان المسمى مجهولاً كانت القيمة أكثر جهالة (ولا إلى قيمة البضع: أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعاً للضرر عنه) وقوله: (ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم) واضح. وقوله: (وكلمة من ههنا للصلة) إشارة إلى ما يقال إذا كان في هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعيض، وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان

besturdubooks.wordpress.com

لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وعلى هذا

ولو طلقها واحدة فبثلث الألف قوله: **(وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط)** يبين أن قوله قبله: إن كلمة على للشرط مراده مجازاً. وفي النهاية: لا يتم تعليل أبي حنيفة إلا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لأنه على تقدير كونها مستعارة للشرط، لهما أن يقولا: لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء، بل استعارتها لمعنى الباء لأن حقيقتها الإلزام بالاتفاق، والمناسبة بين الإلصاق واللزوم أكثر منها بين الإلزام والشرط. ثم نقل ما في المبسوط أنها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا إذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه إذ لا يعدل إلى المجاز مع إمكان الحقيقة. والحق أن يقال: إنها حقيقة للاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الأرض والبساط ومسحت على رأسي، وهو محمل إطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء، وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله: **﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾** [الممتحنة: ١٢] أي بشرط ذلك، ونحوه أنت طالق على أن تدخلي الدار، وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف وأحمله على درهم، والعرفية كإفعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان، والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح، وكون مدخولها مالاً لا يرجح معنى الاعتياض فإن المال يصح جعله شرطاً محضاً حتى لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء مقابله، كما لو قالت: إن طلقتني ثلاثاً فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلاً بشيء بل المجموع ينزل عند المجموع، كما يصح جعله عوضاً منقسماً كما في بألف، فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الألف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا، إذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط، بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله. فدار الأمر بين لزوم ثلث الألف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذا الأصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها، وعلى هذا التقرير يكون لفظاً مشتركاً بين الاستعلاء واللزوم، وكونه لا يوجب التوقف عند إطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه، إذ غايته أنه للزوم القرينة المعينة لأحد المفهومين وهو خصوص المادة: أعني كون مدخولها جسماً محسوساً أو غيره، وكون المجاز خيراً من الاشتراك هو عند التردد، أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الإطلاق فلا، ولا شك أن الاشتراك واقع وليس إلا لدليله، على أنه لو سلم دعوى أن المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس بأولى من القلب، وكون ذلك قول: أهل العربية لا يرجحه لأن أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها واحد من الكل لا ينقل عن الواضع أن المعنى الحقيقي كذا، بل ليس حكمهم به إلا بناء على ما رأوه متبادراً عند الاطلاق لأهل اللسان، ونحن أوجدناك

على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أخذت من الدراهم، وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام، فإنها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام، وإذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقياً على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم. واعترض بأن ما ذكرت من الإختلال ليس بصحيح لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلاً من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلاً أيضاً ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد الواحد، فلو كان في يدها درهم واحد وجب أن يكتفي به ولا يلزمها الزيادة. والجواب عن الأول أن هذا المنع لا يضرنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب. وعن الثاني لا نسلم أنه لا

قوله: **(وعن الثاني بأنا لا نسلم أنه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها)** أقول: وأنت خبير بأن هذا المقدار من التعيين لا يكفي في المعهودية، ألا ترى أنهم لم يكتفوا في معهودية الذكر في قوله تعالى **﴿وليس الذكر كالأنثى﴾** بأن ما في بطنها معهود، بل ضموا لذلك كونه محرراً فليتأمل.

sturdubooks.wordpress.com

النكاح **(وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف)** لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لأن حرف الباء يصحب الإعواض والعوض ينقسم على المعوّض والطلاق بائن لوجوب

تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر. هذا ولو تنزلنا إلى كونه في اللزوم مجازاً لم يضرنا في المطلوب فنقول: لما تعذرت الحقيقة: أعني الاستعلاء كان في المجازي: أعني اللزوم، وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة إلى آخر ما قلناه بعينه قوله: **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف)** تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه قوله: **(ولو قال أنت طالق، إلى قوله: ولا بد من القبول)** لو قال: أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال، وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها. أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة، وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول، وكذا على عندهما فلا إشكال، وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو إما القبول أو الأداء، ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة. فإن قلت: فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة على قوله: وكان يجب ثلثها. فالجواب: صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجباً لأصل المال من غير أن يثبت لزومه، بل قالوا ما هو أبلغ من هذا، وهو لو قال: أنت طالق على أن تعطيني ألفاً تعلق بالقبول مصرح به جواب الرواية من كتب محمد، أما لو قال: إذا أعطيتني أو إذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الإعطاء شرطاً بخلافه مع على، حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على أن تعطيني دون إن أعطيتني إلا أن يرضى الزوج طلاقاً مستقبلاً بألف لها عليه، وذلك لأنه يقال على أن تعطيني منك كذا، ويراد قبوله في العرف، قال تعالى **﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾** [التوبة: ٢٩] أي حتى يقبلوا، للإجماع على أن بقبولها ينتهي الحرب معهم، هذا ثم في قوله: إن أعطيتني يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق، وفي قوله: إذا أو متى أعطيتني لا حاجة إلى الإعطاء في المجلس، وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط، وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم. وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتدأ قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات تستدعي جواباً في المجلس، فإذا لم تجب حتى

معهود ثم بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها **(فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه)** يعني أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه، بل إن حصل تسليمه إليه وإلا فلا شيء عليها **(لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت)** لأنه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطاً فاسداً لأنه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة. فإن قيل: سلمنا أن الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي أن تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى، وإذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة. أجيب بأن العقد إذا كان صحيحاً كان ما يناقضه من الشرط ساقطاً، والساقط لا يؤثر في فساد شيء، وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعاً مختلفة من الحيوان. فإن قيل: الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليماً واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً. أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم، فإن بيع مالاً يقدر على تسليمه لا يجوز، والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى، ولأن الرغبة في تمليك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه بفوت المقصود، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب. وقوله: **(وعلى هذا النكاح)** يعني إذا تزوّج امرأة على عبد آبق على أنه بريء

قوله: **(ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب)** أقول: فإن الأصل هناك باق فيجوز العقد.

besturdubooks.wordpress.com

المال **(وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة. وقالا: هي واحدة بائنة بثلث الألف)** لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات، حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء. وله أن كلمة على للشرط، قال الله تعالى: ﴿**يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً**﴾ ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً، وهذا لأنه للزوم حقيقة، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط، بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر، وإذا لم يجب المال

قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره.

[فرع] قال لأجنبية: أنت طالق على ألف إن تزوّجتك فقبلت ثم تزوّجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوّج، ولم يحك خلافاً في جوامع الفقه، وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة. وعند أبي يوسف: إذا قبلت عند قوله: ثم تزوّجها طلقت. والحق قول أبي حنيفة: لأنه خلع بعد التزوّج فيشترط القبول بعده قوله: **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف)** أو قالت: هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما، ولا شيء له قبلاً أو رداً. وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له، قالا: لا يقع شيء ما لم يقبلا، فإذا قبلا وقع ولزمهما المال. لهما أن هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للخياط: خطه ولك درهم وللحمال أحمله ولك درهم يفيدها، ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته. وطريقة إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال، فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك عليّ، ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله، فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال. فإن قيل: إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا. قلنا: الخلع أيضاً معاوضة. وله أن قوله: وعليك وقولهما: ولك ألف جملة تامة، والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود، ولذا لو قال: إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيه، كما في قوله: إن دخلت فأنت طالق وعبدي حرّ فإن العتق أيضاً يتعلق أيضاً بالدخول، لأن قوله: وعبدي حر وإن كان تاماً إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لايصلح خبراً له، بخلاف مسئلة الضرة لأنه يكفيه أن يقول: وضرتك إن كان غرضه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبراً له، ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال، ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الإباء، بخلاف

من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه إلخ **(وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف)** وكلامه واضح **(وإن قالت طلقني ثلاثاً ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي، ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: وقعت تطليقة بائنة بثلث لألف)** لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة **(وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات، حتى إن قولهم أحمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء)** وإذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض **(ولأبي حنيفة أن كلمة علي للشرط)** أي تستعمل للشرط مجازاً **(قال الله تعالى ﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾)** أي بشرط عدم الإشراك بالله **(ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً)** ويجوّز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعير للشرط لأنه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم **(وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق. والثاني أن ما ذهبتم إليه مجاز وما ذهبنا إليه مجاز آخر، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر، فإن اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض. والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعاً لمتبوعه وإن لم

قوله: (فكانت المناسبة بينهما) أقول أي بين على والشرط قوله: (وبين الشرط والجزاء) أقول: أي جنسهما.

besturdubooks.wordpress.com

شرط ألف يكون لي عليك، والعوض لا يجب بدون قبوله، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده، والطلاق بائن لما قلنا **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت، وقال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت**

أو هي طالق على كذا أو بكذا **(ويتوقف على ما وراء المجلس)** فلا يبطل إلا أن ينقضي مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل، ويصح تعليقه وإضافته، حتى لو قال: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبوله، ولا يصح القبول قبل الإيجاب **(ولا خيار في الأيمان)** فبطل خياره، ويصح في البيع فيصح خيارها، وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا فعبدي حرّ يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار، بخلاف ما لو قال: إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لا يصح لأنه خيار في الطلاق لا معاوضة. فإن قيل: ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره. فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص، فإن ثبوته في البيع لدفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضرّ، والحاجة إلى التروّي فيه أكثر، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبداً، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص قوله: **(وجانب العبد في العتاق)** أي على مال **(كجانبها في الطلاق)** فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال: أنت حرّ على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام.

[فرع] من صور تعليق الخلع أن يقول: إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع، ذكره في علامة السين من التجنيس، لأن التعليق من الزوج يجوز لأنه طلاق، وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط. وفي «الوجيز»: إذا قال: إذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف وإذا جاء غد إلخ كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان قوله: **(فالقول قول الزوج)** أي مع يمينه. وحقيقة الفرق بين الصورتين أن قوله: طلقتك أمس على ألف إقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق إذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه، والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض إذ لم يقتض إنكاره القبول رجوعه عن شيء مما أقر به، والقول للمنكر بخلاف قوله: بعتك فإنه إقرار بقبول المشتري إذ البيع يقوم إلا به، فإنكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل، حتى لو كان قال لها: بعتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت: بل قبلت كان القول قولها، وقوله لعبده: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها. ولهذه المسألة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي: قال لها: قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت: إنما سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول: للمرأة مع يمينها، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع، أو قالت: اختلعت بغير شيء فالقول قولها: والبينة بينة الزوج، أما إذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثاً بألف وقالت: طلقتني واحدة وقال: هو ثلاثاً فالقول قوله: إن كانا في المجلس، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الألف، فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله، وإن كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث، وإن كانت في العدة من المتفق

قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظراً إلى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك إنما هو على قول أبي حنيفة، وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين **(والعوض لا يجب بدون قبوله)** ظاهر وقوله: **(والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده)** يحتاج إلى أن تضم إليه وبوجوده يكون الألف عليها وكونها عليها إنما يكون بالقبول، فإذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائناً لما قلنا: يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله ﷺ «الخلع تطليقة بائنة» ومن المعقول وهو قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم له نفسها **(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع**

besturdubooks.wordpress.com

كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء)** لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها، بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى **(ولو قال أنت طالق على الألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف)** ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك، ومعنى قوله على ألف على

الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال، حتى لو قال للخياط: خطه مقتصراً لزم إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليهما ابتداء. وفي قولهما: ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منهما، والمواعيد لايتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل، بخلاف قوله: أدّ إلي ألفا وأنت حرّ، لأن أول كلامه غير مفيد حكماً معتبراً إلا بآخره، إذ لامعنى لأمره بأدائها من غير موجب، والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقاً للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه، أما هذا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر، وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيراً ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره. واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف، وحينئذ إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل. والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل، وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك، على أنا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية، وكذا أنت حر، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية، والطلاق يقع عنده شرعاً بالتطليق الثابت ضرورة فارجع إليه قوله: **(فقبلت)** أي الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار **(فالخيار باطل إذا كان للزوج)** فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزم المال **(وهو جائز إذا كان للمرأة)** فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الأيام، فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال **(فإن ردت الخيار في الأيام يبطل)** الطلاق ولزوم المال **(وهذا)** التفصيل كله **(عند أبي حنيفة)** ولا يخفى أن العبارة الجيدة أن يقال فإن ردت اختيار الطلاق بأن قالت: لا أختار الطلاق، وعبارة قاضيخان: فإن ردت الطلاق **(وقالا: الخيار في الوجهين باطل، والطلاق واقع بمجرد قبولها)** وعليها المال **(وجه قولهما أن الخيار للفسخ بعد الانعقاد)** لأنه لم يشرع إلا في عقد لازم كالبيع والكتابة **(لا للمنع من الانعقاد والتصرفان)**: أعني إيجابه وقبولها **(لا يحتملان الفسخ من الجانبين)** أي لا منه ولا منها **(لأنه في جانبه يمين)** إذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال **(وفي جانبها شرطه)** أي شرط هذه اليمين بتأويل الحلف، فإذا قبلت كان ذلك وجود الشرط، وشرط اليمين إذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها، ولم يمكن جعل الخيار مانعاً من الإنعقاد لما مر فيبطل من الجانبين، وإذا بطل انبرم ما شرط فيه **(وله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع)** يعني معاوضة **(ولذا صح رجوعها)** عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو **(ولا يتوقف على ما وراء المجلس)** بالاتفاق بيننا، حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدي لا يصح، ولو ذكرته بصريح الشرط. في «الكافي» للحاكم أبي الفضل إذا قالت: إن طلقتني ثلاثاً فلك عليّ ألف، فإن فعل في المجلس فله الألف، وإن فعله بعده فلا شيء له **(وفي جانبه يمين)** كما قالا **(حتى لا يصح رجوعه)** بعد قوله: أنت

يقبله مستقلاً، وعن الثاني أن اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازاً أقرب إلى حقيقته، والمجاز الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الأصول قوله: **(على ما مر)** أراد به قوله لأن حرف الباء يصحب الإعواض **(وإذا لم يجب المال كان طلاقاً مبتدأ)** غير مبني على سؤالها **(فوقع وله الرجعة)** وقوله: **(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً)** ظاهر **(ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف)** يتوقف على قبولها في المجلس، وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس. وقوله لأن معنى

sturdubooks.wordpress.com

المرأة، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة) وكذا إذا لم يقبلا **(وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل)** وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق. لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم. وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة، لأن الطلاق

عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف، وإن قالت: سألتك أن تطلقني ثلاثاً على ألف فطلقتني واحدة فلا شيء لك: يعني على قول أبي حنيفة، وقال: هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكيها فالقول قولها: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه. وإن قالت: سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال: بل الثلاث فيه فالقول لها: وإن قالت: سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال: طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها: وعليها حصتها من الألف والأخرى طالق بإقرار، وكذا إن قالت: فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس. وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه، وهو أنه إذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف على قدر ما تزوّجها عليه، فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضاً لزمها أيضاً حصتها لا أن الألف تنقسم عليهما بالسوية. ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شيء له، وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت بينة فشهد أحدهما بالألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة، وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسمائة والزوج يدعي ألفاً وخمسمائة جاز شهادتهما على ألف، وإن ادعى ألفاً لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره، وكذا لا تجوز شهادتهما إذا اختلفا في جنس الجعل أيضاً، الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله. ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان قوله: **(والمبارأة كالخلع)** بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في «المغرب»، وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل، قوله: **(يسقطان كل حق إلى آخره)** مقيد بالمهر والنفقة الماضية

الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة، وكذا لو قال لعبده حرّ وعليك ألف فقبل، وكذلك الحكم إن لم يقبلا. **وقالا: على كل واحد منهما الألف إذا قبلا، وإذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق)** ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجاناً عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما، وعندهما يجب على المرأة والعبد المال. والثاني أنهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما إذا قبلا، وعندهما إذا لم يقبلا لم يقعا **(لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحمل هذا المتاع ولك عليّ درهم بمنزلة قولهم بدرهم)** والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت. ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها، فإذا قبلت وجب الألف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدإ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله إلا بدليل، إذ الأصل في الجملة التامة الإستقلال ولا دليل ههنا **(لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال)** بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض **(بخلاف البيع**

قوله: **(والخلع معاوضة إلخ)** أقول: أي من جهة المرأة فيه بحث، إذ قد سبق في أول الباب أن الخلع يمين من الجانبين عندهما إلا أن يكون الكلام إلزامياً قوله: **(لهما أن هذا الكلام، إلى قوله: والخلع معاوضة)** أقول: كون الخلع معاوضة مسلم، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعاً قوله: **(فتحمل الواو على معنى الباء)** أقول: فتة بحث قوله: **(ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعاً قوله: (فتحمل الواو على معنى الباء)** أقول: ففيه بحث قوله: **(ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، قوله: ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها إلخ)** أقول: إذ الأحوال شروط قوله: **(ولأبي حنيفة رحمه الله الخ)** أقول: قال ابن الهمام: قالوا وباقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهما ابتداء انتهى. محصل كلامه أن المال في الصورتين لا يلزم إلا بالإقرار أو البينة، وهما منفردان هنا إذ القبول ليس بإقرار قوله: **(فقبلت طلقت فالخيار باطل إذا كان للزوج)** أقول: العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت، وإلا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى، فالأصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى يلزم المحذور.

besturdubooks.wordpress.com

والعتاق ينفكان عن المال، بخلاف البيع والإجازة لأنهما لا يوجد دونه **(ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: **(الخيار باطل في الوجهين، والطلاق واقع وعليها ألف درهم)** لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها. ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى

إذا كانت مفروضة، بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وإن كان من حقوق النكاح، بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع، وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئاً في الخلع أو لا وليس كذلك، وجملته أنهما إما أن لا يسميا شيئاً بأن يقول: خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئاً أو سميا المهر أو بعضه أو مالاً آخر، فإن لم يسميا شيئاً ففيه ثلاث روايات: إحداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضاً. والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه. والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة: سواء كانا قبل الدخول أو بعده مقبوضاً كان أولا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضاً ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضاً كله، والخلع قبل الدخول، وهذا لأن المال مذكور عرفاً بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه. وإن سميا المهر، فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضاً سقط عنه كله، وإن كان مقبوضاً سقط عنه كله، وإن كان مقبوضاً رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول، فإن كان مقبوضاً ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفاً رجع بألف وخمسمائة، وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده، كذا ذكره قاضيخان. قيل: وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع، كما إذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شيء منه وسيأتي، وكما إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع، ولكن قد يقال: ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه، فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط، وإن لم يكن مقبوضاً ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصاً بقدره ويرجع عليها بالزائد. وفي الاستحسان: لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك. ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصاً، وإن سميا بعض المهر بأن خالعها على عشرة مثلاً والمهر ألف، فإن كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها، وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول. وفي الاستحسان: يرجع عليها بخمسين لأنه

والإجازة لأنهما لا يوجدان دونه) أي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلاً **(ولو قال أنت طالق على الف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت)** طلقت فالخيار باطل **(إذا كان للزوج، وجائز إذا كان للمرأة، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق، وإن أجازت)** الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق **(ولزمها الألف عند أبي حنيفة، وقالا: الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لأن التصرفين)** يعني إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين، أما

sturdubooks.wordpress.com

رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه، أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق **(ومن قال**

عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع، وعلى ما بحثناه ينبغي أن يرجع بمائة، وإن لم يكن مقبوضاً سقط كله استحساناً عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع. وإن سميا مالاً آخر غير المهر، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير، وإن لم يكن مقبوضاً فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه، وإن لم يكن مقبوضاً فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع. إذا عرفت هذا إلى الخلافية **(وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة)** وأثر المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال، ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر **(ولأبي يوسف أن المبارأة من البراءة من الجانبين وأنه مطلق)** في كل دين إلا أنا **(قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض)** فإن الغرض المبارأة من متعلقاته، أما الخلع فإنما يقتضي فصلاً وانخلاعاً، وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الخلع صلح وضعاً شرعاً لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح، فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطاً لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر وإلا عاد على موضوعه بالنقص لأن لفظه ولفظ المبارأة يفيد إطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال: أبو يوسف، ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه، فإنه إذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بأن ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك، وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بمواجب النكاح، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح. على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط بالخلع، وبخلاف دين آخر لأن شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقاً، وبخلاف نفقة العدة فإنها ليست من مواجب النكاح، بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع، والباقي سقط تبعاً في ضمن الخلع، أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم أسقطت لا تسقط لإسقاطها حينئذ قصداً لما لم يجب، فإنها إنما تجب شيئاً فشيئاً بخلاف ذلك الإسقاط الضمني، وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال إلا أن أبرأته عن مئونة السكنى بأن كانت ساكنة في بيت

من جانبه فلأنه يمين لأنه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ. وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ **(ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع)** ألا ترى أنها لو رجعت صح، ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه، وأما في جانبه فيمين لأنه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان. فإن قيل: قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ. بأن كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكاً في نفسه كمن قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حرّ أنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطاً لليمين، وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار، ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطاً لأن كونه شرطاً قائم بهذا الوصف وهو أنه

قوله: **(فإن يمين الزوج تتم الخ)** أقول: في حق ترتب الأثر قوله: **(أجيب بأن كونه شرط يمين الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط إذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها، وظاهر أن وجوبه بعد سقوط الخيار، وهذا آمال كلام الشارح آخراً فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد

نفسها، أو أنها تعطي الأجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها ذلك. وفي «القنية»: الإبراء وجد بعد وجوب سبب النفقة فيصح وإن لم تكن واجبة عنده. قيل: ما سبق هو الصحيح، وما ذكره في القنية يبطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح، لكن في «الينابيع»: لو أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح، قال: هكذا ذكره الطحاوي انتهى. بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لا يصح. هذا ولقائل أن يقول: الوجه الأول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال، والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقاً مسقطاً له لأنه يفيد انطلاقها: أي المرأة، وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه، وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه. فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول، والتزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضاً يسقط المهر كالخلع وإلا فالحال ما علمت. ولو كام الخلع بلفظ البيع والشراء: أي بأن قال: بعتك نفسك بألف فقالت: اشتريت اختلف المشايخ في أنه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه كالخلع والمبارأة أو لا؟ وصحح في الفتاوى الصغرى أنه كالخلع والمبارأة، وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى: بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، واللفظ وإن كان ينبيء عن الفصل فالفصل وجد على مقدار ما رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق، فإنه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على إثباته بمال فقد وقع التراضي على إثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة.

[تنبيه] لا يسقط المهر بخلع الأجنبي بمال نفسه لأنه لا ولاية للأجنبي في إسقاط حقها، ذكره شمس الأئمة وكذا الأمة إذا اختلعت من زوجها بغيرإذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر، بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع، وفيما إذا كان بغير إذنه لا تطالب به إلا بعد العتق، وأم الولد والمدبرة في الإذن يؤديان من كسبهما.

تمليك مال **(وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق)** يعني يصح الخيار من العبد إذا خيره المولى في الإعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة **(ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري. ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه)** فإنه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه **(والإقرار به)** أي باليمين على تأويل الحلف أو المذكور **(لا يكون إقراراً بوجود الشرط لصحته)** أي لصحة اليمين **(بدونه)** أي بدون الشرط **(أما البيع فلا يتم إلا بقبول)** ولهذا يملك الرجوع قبل القبول **(فالإقرار به)** أي بالبيع **(إقرار بما لا يتم إلا به، فإنكاره القبول رجوع منه)** عن الإقرار وهو غير مسموع. قال: **(والمبارأة كالخلع)** المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه: إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ، كذا في المغرب. والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والخلع **(كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح)** كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لأن للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا **(عند أبي حنيفة. وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة)** فلو كان مهرها ألفاً فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة، وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف، وإذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولاً بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء، وإن

قوله: **(كلاهما يسقط الخ)** أقول: كلاهما مبتدأ قوله: **(والنفقة الماضية)** أقول: المفروضة قوله: **(سوى الصداق)** أقول: بالاتفاق.

sturdubooks.wordpress.com

بألف درهم أمس فلم تقبل فقال: قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار

[فروع] إذا شرطا بدلاً للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مئونة الرضاع إن وقتاً لذلك وقتاً كسنة مثلاً صح ولزم وإلا لا يصح. وفي المنتقى: إن كان الولد رضيعاً صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين اهـ. بخلاف الفطيم. وفي الخلاصة: امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشراً بنفقته صح الخلع ويجب ذلك، وإن كان مجهولاً: يعني قدر النفقة، وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة في الخلع، فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة، وسواء كان الولد رضيعاً أو فطيماً، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على إرضاع الرضيع جاز، ولو استأجرها به على إمساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز. وفي المحيط: ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز، فإن مات أو لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع، ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة، وكذا إذا ماتت هي عليها قيمته انتهى. ولو كانت قالت: عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين إلا أن قالت: عند الخلع إن مات أو مت فلا شيء عليّ فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف. ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الأنثى لا الغلام، وإذا تزوّجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها، وإن اتفقا على ذلك لأن هذا حق الولد، وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها. ولو اختلعت على إرضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح، ولو خالعته على نفقة ولده عشراً وهي معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها، وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة، ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر، ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر أن ليس في يده شيء وقع على مهرها، فإن لم تكن قبضته سقط، وإن قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم أن ليس لها عليه

كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وإن لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة **(لمحمد أن هذه)** أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وإن كانت من حقوق النكاح **(ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة)** والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين، وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر **(وأنه)** أي لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور **(مطلق، وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض)** وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح، وانقطاع المنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة، كذا في بعض الشروح. وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح، أما الخلع فمقتضاه الإنخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام **(ولأبي حنيفة أن الخلع ينبيء عن الفصل، ومنه خلع النعل وخلع العمل)** وهو انفصال العامل عنه، والفصل لا يكون إلا عن وصل ولا وصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمه له وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح **(كالمبارأة فيعمل بالإطلاق كما في المبارأة في النكاح وأحكامه وحقوقه)** قولاً بكمال الفصل، ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به، وإنما تجب بعده شيئاً فشيئاً **(ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها)** لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر لها

قوله: **(كذا في بعض الشروح)** أقول: يعني شرح تاج الشريعة قوله: **(ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ)** أقول: جواب سؤال.

به لا يكون إقرار بالشرط لصحته بدونه، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول

مهر وقع بائناً مجاناً، ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم أنه لا مهر لها وقع رجعياً مجاناً قوله: **(لم يجز عليها)** يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الأب لأنه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وإن كانت صغيرة، ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق، فلما صرح بأن الأصح وقوعه تعين أن المراد الثاني، وهذا لأنه لا نظر لها فيه، إذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم، فإعطاء المتقوّم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لأنه في معنى التبرع بمالها قوله: **(بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول)** فلو زوّج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لأنه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم قوله: **(ولهذا يعتبر خلع المريضة)** متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج، وقدمنا في أول الباب أن الواجب للزوج إن ماتت في العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت في العدة، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج من الثلث قوله: **(ونكاح المريض الخ)** متصل بأنه متقوم حال الدخول قوله: **(والأول أصح)** نص عليه في المنتقى ووجه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الأب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الأخرى من أن الأب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وإن لم يلزمها المال. وما قيل من أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الأولى ممنوعة، وكون الموجود من الأب يميناً غير صحيح، بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل أحد، هذا إذا قبل الأب، فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال. وفي جوامع الفقه: طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ. وإن قبل أبوها أو أجنبي. روى هشام عن محمد رحمه الله أنه يقع، وروى «الهندواني» عن محمد أنه لا يقع، ولو بلغت فأجازت جاز قوله: **(على أنه)** أي الأب ضامن، المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها **(فالخلع واقع)** سواء خلعها الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلاً **(فيجب الألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب)** وأنه يملك التصرف في نفسها ومالها بالإقراض والإيداع والإجارة والإبضاع **(أولى)** بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الأجنبي لأنه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلاً وهو إثبات الأهلية وهو القوة عن ذلك الإسقاط، بخلاف إسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلاً قبل فصار الأجنبي والأب مثلها في أنه لم يحصل لها شيء، بخلاف العبد فإنه حصل ما ذكرنا له، والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوّض فصار كثمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها **(ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل في ولاية الأب)** فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هي على الأب ولا يرجع هو على الزوج، ولو كان المهر عيناً أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته قوله: **(وإن شرط)** أي لو شرط الزوج الألف عليها **(توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول)** بأن تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل

فيه: أي في هذا الخلع **(لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث)** والبدل متقوّم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء **(بخلاف النكاح)** فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لأن البضع متقوم حالة الدخول، ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوّم بالمتقوّم وهو من وجوه النظر، وإذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع، وهل يقع الطلاق أو لا يقع؟ فيه روايتان: في رواية يقع، وفي أخرى لا يقع. ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يجز، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى

قوله: **(وقع الطلاق بغير بدل)** أقول: فكذا هكذا.

besturdubooks.wordpress.com

sturdubooks.wordpress.com

رجوع منه. قال: **(والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة)** وقال محمد: لا يسقط فيهما إلا ما سمياه، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة. لمحمد أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره. ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقضيها من

الخلع إن شرط بأن تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب، فإن قبلت وقع الطلاق لوجوب الشرط وهو قبولها، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة إذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال؛ ألا يرى إلى بينونتها بدونه فيما إذا سمت خمراً ونحوه، وإن قبله الأب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان: في رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة، وفي أخرى لا يصح لأن قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الأصح قوله: **(وكذا إن خالعها)** أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ما قلنا آنفاً فإن قبلت وقع الطلاق بائناً ولا يسقط المهر، وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه، فإن ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط. وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال. هذا، ثم قيل: تأويل المسألة أن يخالعها على مال مثل مهرها، أما على مهرها فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم، ولا يعتبر ضمانه، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد يتناول مثاله لا عينه وضمان الأب إياه صحيح، ثم ينظر إن كان مهرها ألفاً والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة، وفي القياس يلزمه الألف. وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصاً بقدره فبقي عليها خمسمائة له. وفي الاستحسان: لا يجب عليها قبل القبض شيء لأن المهر يراد به عرفاً ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع، هذا على خلاف ما ذكره قاضيخان، وقد قدمنا الأقسام كلها. وإذا عرفت هذا علمت أن الصواب أن يقول: إذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر ولا أثر لذلك، والحكم فيه إذا كان قبل الدخول وجب المسمى له سقوط المهر عنه إن لم يكن مقبوضاً، وسلامته لها إن كان مقبوضاً لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم، وإذ قد وقع الكلام في خلع الأجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه. واعلم أن الأجنبي إذا خاطب الزوج فإما أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه أو يرسله أو يضيفه إلى غيره، فإن إضافه إلى نفسه كذلك بأن قال: اخلعها على عبدي هذا أو ألفي هذه أو على ألف عليّ أو على أني ضامن ففعل فالخلع واقعٌ والمسمى عليه، فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لأنه إنما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا إلى قبوله، بل يكفي الأمر منه لأن الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح، بخلاف ما لو قال: لمختلعت نفسك مني فقالت: فعلت قيل: لا يصح بلا قبول الزوج، والمختار أنه يصح إن أراد به التحقيق دون السوم. فإن قلت: ما الفرق بين تسمية الأجنبي وسيد الأمة المنكوحة لعبد أو حر فإنه إذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الأمة

الطلاق وإن ينصرف إلى لزوم المال، والصحيح أن الطلاق واقع، وعدم الجواز منصرف إلى المال، نص عليه في المنتقى فقال: لأن لسان الأب كلسانها. ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل. واختاره المصنف فقال **(والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله)** أي قبول الأب، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط، فكذلك إذا وجد القبول. ووجه الرواية الأخرى أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجري فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة إلا أن هذا لا يقوى فإن الأب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين، وشرط اليمين يصح من كل واحد **(وإن خالعها على ألف على أنه)** أي الأب

besturdubooks.wordpress.com

الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام، ولأبي حنيفة أن الخلع ينبىء عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه. قال: **(ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها)** لأنه لا نظر لها إذ البضع في حالة خروج غير متقوم، والبدل متقوّم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها، ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط **(وإن خالعها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب)** لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح

حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد، فالجواب أن قبول الخلع هنا وجد منها حكماً بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا أن السيد التزم خصوص الأول، فإذا فات عاد إليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه إلا أن يفديها. وإذا بيعت إن كان عليها دين بدىء به لأن دين الخلع أضعف، أما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح، فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده، ولأن القبول إنما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق، وإن أرسله بأن قال: على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لأن البدل لم يضف إلى أحد، فإن قبلت لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت، وإن أضافه إلى غيره بأن قال: على عبد فلان اعتبر قبول فلان لأن البدل أضيف إليه، وكذا لو قال: الزوج لرب العبد: خلعت امرأتي على عبدك لأن العبد أضيف إليه، ولو كان الزوج قال لها: خالعتك على عبد فلان أو قالت هي: اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد. ولو قالت: اخلعني على ألف على أن فلاناً ضامن فأجاب فالخلع معها لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله. ولو وكلت من يخلعها بألف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل، ولو ضمنه الوكيل لزمه، وإن أدّى يرجع عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه، ففائدة أمرها به الرجوع عليها، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره، فإن فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لا يملك إنكاحه بغير أمره، والصلح عن دم العبد كالخلع في جميع ما ذكرنا.

(ضامن فالخلع واقع والألف عليه) أي على الأب، ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لا يستحق عليها مالاً حتى يتكفل عنها أحد. ووجه ذلك ما ذكره **(أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح)** لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه **(فعلى الأب أولى)** وذكر في وجه الأولوية أن للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعاً وشراءً وإجارةً وإيداعاً وإبضاعاً، ولا يجوز هذا التصرف من الأجنبي. ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات، فلما جاز ذلك من الأجنبي مع أنه ليس له ولاية عامة من التصرف في مال الصغير فلأن يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل، فإن التصرفات في مال الصغير إنما يؤثر في الأولوية أن لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك، وكان تلك الولاية وعدم سواء. ولعل الأولى أن يقال: الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فإذا كان التزام بدله من الأجنبي صحيحاً مع قصور الشفقة فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى. فإن قلت: على ما ذكرت من كون الأجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب أن يصح إعتاق الرجل عبده على مال على الأجنبي كما يصح على ماله عليه لأنه لا يدخل في ملك الأجنبي شيء كالعبد وليس كذلك. قلت: تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الأملاك، وليس الأجنبي كذلك. لا يقال: في الخلع

قوله: **(وإن خالعها على أنه)** أي الأب ضامن إلخ أقول: فيه بحث، فإن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم، وهنا لم يوجد الشرط لأن وجوده بوجود الألف ولم يوجد بقبوله. وجوابه أن هذا مثل الخلع على ما في يدها، فإن الأب لم يكن غاراً له إذ الجهل ليس بعذر تأمل، ومن المعلوم أنه لا يجب في مالها شيء في أمثاله قوله: **(كما يصح على ماله عليه)** أقول: ضمير عليه راجع إلى العبد.

sturdubooks.wordpress.com

فعلى الأب أولى. ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب **(وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول، فإن قبلت وقع الطلاق)** لوجود الشرط **(ولا يجب المال)** لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله

[فروع تتعلق بالباب] المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا، وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية، وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري. وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله: نسائي طوالق عندهم. ولو قال لها: الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدّي استبرئي رحمك أنت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد رحمه الله لهم؛ ما روي أنه ﷺ قال «المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وإن كانت في العدة»[1] ويروي عن ابن عباس. ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده في الأمالي عن النبي ﷺ أنه قال «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة»[2] وحديثهم لا أصل له، ذكر سبط بن الجوزي في إيثار الإنصاف: امرأة قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج: رضيت أو أجزت كان ثلاثاً بثلاثة آلاف. ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد أو مدبر أو مكاتب صح لأنها تصير ملكاً للمولى، ولو كان حراً لا يصح لأنه لو صح ملكها أي ملكها الزوج به فيبطل النكاح، ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها وهي الصغرى لأنه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لأن الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى، لأن الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لأنه جعلها بدلاً عن طلاقهما، فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج، وما أصاب الصغرى بقي للمولى، ولو خلع كلاً منهما على رقبة الأخرى طلقتا مجاناً لأن ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل. امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح

أيضاً تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الأجنبي كذلك. لأنا نقول: العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه إثبات شيء بخلاف العتق قوله: **(ولا يسقط مهرها)** يعني وإن كان الخلع يسقطه **(لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب)** لأنه ليس من النظر وولايته نظرية. وقوله: **(وإن شرط الألف)** يعني أن الزوج إن شرط الألف على الصغيرة **(توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول)** بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها **(فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه)** أي في هذا القبول **(روايتان رواية يصح لأن هذا نفع محض للصغيرة، لأن الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة، كذا في مبسوط فخر الإسلام، وفيه نظر. وفي رواية لا يصح لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين، وذلك مما لا يحتمل النيابة (وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر)** لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة **(وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين)** في رواية يصح وفي أخرى لا يصح، ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفاً **(وإن ضمن الأب المهر)** أي التزم بمعنى إذا خالع الأب مع الزوج والتزم المهر على ذمته **(وهو ألف درهم مثلاً طلقت لوجود قبوله**

قوله: **(وفيه نظر)** أقول: لعل وجهه أن النكاح من عوالي النعم على ما تقدم، فكيف يكون زواله نفعاً محضاً، بل غاية الأمر أن يكون مشوباً بالنفع والضرر دائراً بينهما قوله: **(وذلك مما لا يحتمل النيابة)** أقول: وقد مر جوابه.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/٣١٧ من طريق الشافعي عن ابن عباس وابن الزبير: «أنهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها قالا لا يلزمها طلاق لأنه طلق مالا يملك».

قال البيهقي: وبمعناه رواه سفيان الثوري عن ابن جريج وهو قول الحسن البصري اهـ.

أما كونه مرفوعاً فباطل لا أصل له كما ذكر الكمال.

(٢) رواية أبي يوسف هذه في الأمالي كما ذكر المصنف. ولم أقف على إسناده، وهو غريب حيث لم يوجد في كتب الحديث.

besturdubooks.wordpress.com

الأب عنها ففيه روايتان (وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين **(وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت)** لوجود قبوله وهو

ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة، ولو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان.

[قاعدة في الطلاق على مال] الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما ما لا يكون مقابلاً بهما إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلاً بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإنْ شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لأنها إنما تلتزمه لتملك نفسها، فلو قال لها: أنت طالق الساعة واحدة وغداً أخرى بألف، أو قال: على أنك طالق غداً بألف، أو قال: اليوم واحدة وغداً أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغداً أخرى بغير شيء، إلا أن يعود ملكه قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقيبهما مالاً فانصرف إليهما؛ ألا يرى أنه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة، فإذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه، ولا يجب شيء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالأولى، حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال، ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شيء على أنك طالق غداً أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجاناً وغداً أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما ينافي وجوب المال إلا أن في قوله بائنة يشترط التزوّج لوجوب المال بالثاني. ولو قال: طالق ثلاثاً للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الأول واحدة بثلث الألف وفي الطهر الثاني أخرى مجاناً لأنها بانت بالأولى، ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الألف وفي الطهر الثالث كذلك، والله سبحانه أعلم.

[فروع] لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه. وقال خواهر زاده: هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح، فإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع. وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما: لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤونة السكنى في قولهم جميعاً إلا إذا شرطا في الخلع، نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي: أعني ردها المهر. وذكر في الوجيز فيما إذا قال: اختلعي ولم يذكر البدل فقالت: اختلعت عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعاً كأنه قال: طلقي نفسك بائناً فقالت: طلقت، ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضاً إذ لم يجعل كأنه قال: . طلقتك بائناً فهذا مذكور غير موضع. ذكر في التجنيس: إذا قال: اختلعي فقالت: اختلعت تطلق، وفرق بينه وبين ما إذا قال: اشتري نفسك مني فقالت: اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج، بخلاف اشتري نفسك لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة إذا لم يكن البدل مقدراً. فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت: اشتريت صح على رواية وهو المختار، يريد بالرواية الأخرى ما ذكر في غير موضع أنه إذا قال: اشتري نفسك مني بكذا فقالت: اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت، وكذا الروايتان فيما إذا قال: اختلعي مني بكذا وذكر ما لا مقدراً فقالت: اختلعت. في رواية كتاب الطلاق: لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت، وفي رواية كتاب الوكالة: يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو

وهو الشرط، ويلزمه خمسمائة استحساناً) لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفاً فأضاف الخلع إلى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحاً **(وفي القياس يلزمه الألف)** بحكم الضمان. واعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن تكون مدخولاً بها أو لا، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الأب بحكم

sturdubooks.wordpress.com

الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً. وفي القياس يلزمه الألف، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم بها.

الأصح. وأما الجواب عن الإشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلاً فيما إذا لم ينو به كونه خلعاً بغير مال وحمل كونه طلاقاً بائناً بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال، وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفرقة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب، فإذا لم يسميا مالاً انصرف إلى المهر إلا أن ينوي خلافه، ويدل على هذا ما في المنتقى. قال أبو يوسف: إذا قال لها: اختلعي نفسك فقالت: قد خلعت نفسي لا يكون خلعاً إلا على مال إلا أن ينوي بغير مال، ولا فرق بين خلعتك وخالعتك، فإذا قال: خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إلا إذا تصادقا على عدم النية، ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما إذا قال: اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنفي المال، نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن، وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لأجنبي: اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله: طلقها بائناً. ولو قال: اختلعي على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت: اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت، فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج: اخلعي نفسك مني بألف والباقي بحاله حيث يتم. والفرق أن التعويض في المسئلة الأولى لم يصح لأن البدل مجهول، فلو صح صار الواحد مستزيداً مستنقصاً وهذا مفقود في الثانية، فلو لم يصح إنما لا يصح لمضادة الحقوق، وحقوق الخلع لا ترجع إلى الوكيل. إذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه، أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح. والأصح أنه لا يصح لأن التفويض كالتوكيل لا يتم إلا بعلم الوكيل، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطاً لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع، والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم. وهذه صورة كثيراً ما تقع قال: أبرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت: أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال: في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائناً لأنه بعوض، وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لأنها لم تكن لها حقاً حال الخلع، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف إلى القائم لها إذ ذاك، وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهالة، وهذا عندنا عموم لا إجمال، ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائناً ثم تزوجها ثانياً على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج إلا من الثاني دون المهر الأول. ولو جاء رجل إلى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته في خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل، فإن كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل، وإن لم يكن ضمن، فإن صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال، وإن لم يدّع ذلك لا يقع الطلاق لأنه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها، فإن كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أولاً لأن لفظة الشراء لفظة الضمان، وقال أبو بكر الإسكاف: هذا والخلع سواء وعليه الفتوى. ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل إليه في أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج: لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول: أبرأتك من جميع مالها عليك فطلقها فأنكرت المرأة الإبراء والرسول يدعيه. فإن

الضمان ألف درهم، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس. وأما في الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول، والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الأب، هذا إذا لم تقبض المهر، وأما إذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود **(وأصل هذه المسألة في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول**

قوله: **(فإن كانت فلها على الزوج إلخ)** أقول: أي إن كانت مدخولاً بها قوله: **(وإن لم تكن إلخ)** أقول: أي إن لم تكن مدخولاً بها.

besturdubooks.wordpress.com

ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها إياه لذلك وقع وهي على حقها، وإن لم يدع فإن كان الرسول قال: أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لأن وقوع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها، وإن لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها، وهذه في أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى، قال الله عز وجل **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾** [النساء: ٣٥] ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين، وقيل: للحكمين أيضاً، وقيل: الضميران للزوجين، والأولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى، وإنما كان أولى لأنهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: يشترط كونهما من أهليهما إلا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك. وقلنا: المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك، ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد، وهو قول: عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور. وقال مالك: قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل، وهو قول الأوزاعي وإسحاق، وروي عن عثمان وعليّ. قلنا: ليس للحاكم أن يطلق ولا يبرىء من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه. وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير: يعظها الزوج، فإن انتهت وإلا هجرها، فإن انتهت وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما. ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما، وما زعم إسماعيل المالكي من أن أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين إخبار بالنفي لعدم العلم، والأولى بالإنسان حفظ اللسان، وما قال: إن الوكيل لا يسمى حكماً ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان أمر الزوجين، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب إذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه ولا أن يدفعا مالاً بغير إذن صاحبه، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع منه لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه ولا للزوج في مالها، قال تعالى **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾** [النساء: ٢٩] وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه»[1] والحكمان إنما بعثا للصلح، وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه، فإذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه، فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما. وقول من قال: إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا، وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهداً في ذلك.

على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئاً (**فالقياس أن يجب عليها خمسمائة**) للزوج لأن خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الألف ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر. فوجب عليها خمسمائة زائدة عل الألف تتميماً للألف التي التزمتها (**وفي الاستحسان لا شيء عليها**) لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك، وأما إذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الألف وخمسمائة الألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول. وفي الاستحسان: تردّ الألف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول. وقوله: (**زائدة**) بالجر لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى **﴿سبع بقرات سمان﴾** كذا في النهاية، وقال: هكذا أفاد شيخي مراراً، والله أعلم.

---

(١) جيد. أخرجه أحمد ٥/ ١١٣ والدارقطني ٣/ ٢٦ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٤/ ٢٧٢ كلهم من حديث عمرو بن يثربي بأتم منه. قال الهيثمي: ورجال أحمد ثقات ورواه أبو يعلى في حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه مرفوعاً قال الهيثمي: فيه أبو مرّة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين اهـ. وللحديث شواهد كثيرة، فهو حسن، أو صحيح.

sturdubooks.wordpress.com

باب الظهار

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى

باب الظهار

مناسبته بالخلع أن كلاً منهما يكون عن النشوز ظاهراً، وقدم الخلع لأنه أكمل في باب التحريم إذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه. والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معانٍ مختلفة ترجع إلى الظهر معنى ولفظاً بحسب اختلاف الأغراض، فيقال ظاهرت: أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة، وإذا غايظته أيضاً وإن لم تدابره حقيقة باعتبار أن المغايظة تقتضي هذه المقابلة، وظاهرته إذا نصرته باعتبار أنه يقال: قوى ظهره إذا نصره، وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر وأظاهر وظهر وتظهر إذا قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي، وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهراً للثوب، وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازاً، وكونه مجازاً لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازاً أيضاً، وإنما عدى بمن مع أنه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لأنه كان طلاقاً وهو مبعد ثم قيل: الظهر هنا مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أمي: أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولأنه عموده، لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات. وقيل خص الظهر لأن إتيان المرأة من ظهرها كان حراماً، فإتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التغليظ. وفي الشرع: هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية. وزاد في النهاية قيدالاتفاق احترازاً عما لو قال: أنت عليّ كظهر فلانة وفلانة أم من زني بها أو بنتها لم يكن مظاهراً، وسنذكر ما هو التحقيق إن شاء الله تعالى. ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر إليه، وإنما خص باسم الظهار تغليباً للظهر لأنه كان الأصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون، وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه، وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة. واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع: تجب بالظهار والعود لأن الظهار كبيرة فلا يصح سبباً للكفارة لأنها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة، ولا يكون المحظور سبباً للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك فيكون دائراً بين الحظر والإباحة فيصح سبباً للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة. وقيل: سبب وجوبها العود، والظهار شرط، ولفظ الآية يحتملهما وهي قوله تعالى **﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾** [المجادلة: ٣] إلى آخره، فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الأخير، لكن إذا أمكن البساطة صير إليها لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب، فلذا قال في المحيط: سبب وجوبها العزم على الوطء، والظهار شرط وهو بناء على أن المراد من لفظ العود في الآية العزم

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها، ويحتاج إلى وجه تقديم الظهار على اللعان. ووجهه أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة. والظهار في اللغة: قول الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء: تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقاً بنسب أو رضاع أو مصاهرة، وإنما قيد بقوله اتفاقاً احترازاً عن قول الرجل لامرأته أنت عليّ

باب الظهار

قوله: (وإنما قيد بقوله اتفاقاً، إلى قوله: فإنه لا يكون مظاهراً) أقول: في الخانية خلافه قوله: (وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن آية الظهار إلخ) أقول: فيه بحث فتأمل، ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب.

يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ - إلى أن قال - فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا. والظهار كان

على الوطء. واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه، والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة الوطء بناء على إرادة المضاف في الآية: أي يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزل المقول. ويرد عليه ما يرد على ما قبله، وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين يروونهما: فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويردّ أن بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط، حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال: فهذا دليل على أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود، إذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم، فإذا أراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول: لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك إن صليتها أن تقدم الوضوء. وعند الشافعي رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها. وردّ بأن شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية، والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الإمساك عن طلاقها جناية، وأيضاً فقد يكون الإمساك عن طلاقها ليسعى في أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروي في طلاقها أو التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سبباً للكفارة. واعلم أن هذه الحرمة لا ترفع إلا بكفارة لا بملك ولا بزوج ثانٍ، حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما، وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر، وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعاً للضرر عنها بحبس، فإن أبى ضربه ولا يضرب في الديني. ولو قال: قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتي. وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت «ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتقي الله فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل القرآن **﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله﴾**[المجادلة: ١] إلى الغرض، فقال: يعتق رقبة، فقلت: لا يجد، فقال: يصوم شهرين متتابعين، قلت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: فيطعم ستين مسكيناً، قلت: ما عنده شيء يتصدق به، قال: فإني ما عينه بعرق من تمر، قلت: يا رسول الله وإني سأعينه بعرق آخر، قال: قد أحسنت، قال: فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك» قال: والعرق ستون صاعاً»[1]، رواه أبو داود. وقيل: هو مكيال يسع ثلاثين صاعاً، قال أبو داود: وهذا أصح، وفي الحديث ألفاظ أخر، ورواه ابن ماجه وغيره قوله: **(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه)** وعند محمد للمظاهر أن يقبلها إذا قدم من سفر للشفقة، وكذا إذا قال: أنت مني كظهر أمي أو أنت عندي أو معي، وكذا إذا قال: أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك، ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت، فلو قال: أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء،

كظهر فلانة وهي بأم المزني بها أو ابنتها فإنه لا يكون مظاهراً، لأن من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرّم الحلال. وسببه سبب الخلع وهو النشوز، فإن آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة. وشرطه كون المظاهر عاقلاً بالغاً مسلماً والمرأة من نسائنا. وركنه قوله لامرأته أنت عليّ كظهر أمي أو ما قام مقامه. وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك إلى غاية الكفارة **(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ والظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح)** وبيان ذلك أن أحدهم في الجاهلية كان

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٢١٤ وأحمد ٦/ ٤١٠ وابن حبان ٤٢٧٩ وابن الجارود ٧٤٦.

والبيهقي ٧/ ٣٨٩ كلهم من حديث خويلة بنت مالك بن ثعلبة وأخرجه الحاكم ٢/ ٤٨١ من حديث عائشة حيث قالت: «فأنزل الله فيه كفارة الظهارة لكن فيه أن زوجة أوس هو جميلة.

وأصل حديث خولة بنت ثعلبة أخرجه أيضاً ابن ماجه ٢٠٦٣ والحاكم ٢/ ٤٨١ والدارقطني ٣/ ٣١٦ حيث صححه الحاكم وأقره الذهبي.

besturdubooks.wordpress.com

sturdubooks.wordpress.com

طلاقاً في الجاهلية، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح، وهذا لأنه جناية لكونه منكراً من القول وزوراً فيناسب المجازاة عليها بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة. ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كما في

ولو قال: إن شاء فلان فالمشيئة إليه قوله: (وهذا) أي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لأنه) أي الظهار (جناية) كبيرة محضة (لكونه منكراً من القول وزوراً) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة قوله: (ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم، وعلى هذا استمر في الاستبراء والإحرام والاعتكاف، وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض، فكان رسول الله ﷺ يقبل إحدى نسائه وهو صائم. وفي حديث عائشة رضي الله عنها «كان يأمرني أن أتزر فيباشرني وأنا حائض»(١) فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعاً بين هذه الأمور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك، وهو قول: الزهري والأوزاعي والنخعي وقول: الشافعي ورواية عن أحمد، لأن حرمة الوطء نصاً بقوله تعالى ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٤] وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره، أو تحليلها كما قال الشافعي وأحمد في قولهما الآخر: فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حزمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي، وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزاجر المبالغ فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والإحرام لا تكثر بالنسبة إلى كل شخص فاستمر على الأصل، وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والإحرام، بخلاف الصوم لأن الكف عنه ركنه فلا يتعدى إلى دواعيه، وقرر بما حاصله أن الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الأمر، والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني أقوى بسبب أن النهي تناوله مقصوداً فتعدى إلى الدواعي، بخلاف الثابت في ضمن الأمر فإنه لم يتعلق به نهي أصلاً بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصوداً فلم يتعد إلى دواعيه. فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والإحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي، قال تعالى ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾ [البقرة: ١٨٧] ﴿ولا رفث ولا فسوق﴾ [البقرة: ١٩٧] نفي مستعار للنهي لتأكيده. وقال ﷺ «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة»(٢) وقال تعالى في

إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج، ثم نظروا فلم يجدوا موضعاً أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره. ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت: «كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه، فراجعته في بعض ما أمرني به فقال: أنت عليّ كظهر أمي، ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع إليّ فراودني عن نفسي، فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل إليّ وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك، فوقع عليّ فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير، وخرجت إلى بعض جيراني فأخذت ثياباً فلبستها وأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك، فجعل يقول لي: زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسني إليه، فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله ﷺ ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال: أنزل الله فيك وفي زوجك بياناً، وتلا قوله تعالى ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله﴾ إلى آخر آيات الظهار، ثم قال: مريه فليعتق رقبة، فقلت: لا يجد ذلك يا رسول الله، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين، فقلت: هو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠ وأطرافه في ٣٠٢ و ٣٠٣ ومسلم ٢٩٣ وأبو داود ٢٦٨، ٢٧٣ والترمذي ١٣٢، وابن ماجه ٦٣٥، ٦٣٦ والنسائي ١/١٥١ وأحمد ٦/٣٣، ٧٢، ١٣٤، ١٧٤، ٢٠٦، ٢٠٩.

والطيالسي ١٣٧٥ كلهم من حديث عائشة بألفاظ متقاربة، واللفظ للبخاري.

وورد من حديث ميمونة بلفظ آخر بمعناه أخرجه مسلم ٢٩٤.

(٢) جيد. تقدم تخريجه في ١/١٢٩ باب الأيمان في الطلاق وأيضاً في كتاب النكاح.

besturdubooks.wordpress.com

الإحرام، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام (**فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعود حتى يكفر**) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» ولو كان شيء آخر واجباً لبينه

الأخيرين ﴿**فاعتزلوا النساء في المحيض**﴾ [البقرة: ٢٢٢] ﴿**ثم أتموا الصيام**﴾ [البقرة: ١٨٧] ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لأن المذكور في الآية الأمر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى ﴿**فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٣] فإنه مصدر واقع بدلاً من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به فهو كفارة قبل التماس مع أنه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لأن اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى أنهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء إلا بقوله تعالى ﴿**وذروا البيع**﴾ [الجمعة: ٩] ولم سموه إلا منهياً عنه وهو صحيح لأن النهي للنفس طلب الترك عدل إلى ما ذكر، والتحقيق أن الدواعي منصوص على منعها في الظهار، والمذكور في وجه الفرق إنما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكره، أما كونها منصوصاً على منعها فإن قوله تعالى ﴿**من قبل أن يتماسا**﴾ [المجادلة: ٤] لا موجب فيه للحمل على المجاز لإمكان الحقيقة، ويحرم الجماع لأنه من أفراد التماس، فكل من القبلة والمس والجماع إفراد التماس فيحرم الكل بالنص، وظهر فساد قول المخالف، والله سبحانه أعلم قوله: (**لقوله ﷺ**) روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رجلاً ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر، فقال له رسول الله ﷺ: ما حملك على هذا؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر، وفي لفظ: ببياض ساقيها، قال: فاعتزلها حتى تكفر»[1] ولفظ ابن ماجه «فضحك رسول الله ﷺ وأمره أن لا يقربها حتى يكفر»[2] قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب. ونفى كون هذا الحديث صحيحاً رده المنذري في مختصره بأنه صححه الترمذي ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض. وروى الترمذي عن ابن إسحاق إلى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ «في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال: كفارة واحدة»[3] وقال: حديث حسن غريب. وأما ذكر الاستغفار في الحديث فالله أعلم به، وهو في الموطإ من قول مالك، ولفظه: قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكفّ عنها حتى يستغفر الله ويكفر[4]، ثم قال: وذلك أحسن ما سمعت قوله: (**فلو كان شيء آخر واجب لنبه عليه**)

شيخ كبير لا يطيق الصوم، فقال: مريه فليطعم ستين مسكيناً فقلت: ما عنده شيء يا رسول الله، فقال: إنا سنعينه بعرق، فقلت: وأنا أعينه بعرق أيضاً، فقال: افعلي واستوصي به خيراً» وقال علماؤنا: المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف. وقال الشافعي: المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار قوله: (**وهذا**) إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة، وبيانه أن الظهار جناية لكونه منكراً من القول وزوراً قال الله تعالى ﴿**وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً**﴾ والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع، والزور هو الكذب والباطل، والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (**ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كما في الإحرام**) وقال الشافعي: لا تحرم الدواعي

قوله: (**وقال الشافعي: لا تحرم الدواعي**) أقول: أي في قول قوله: (**وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد**) أقول: الأولى ترك قوله باليد، فإن المس لا يختص بها فيكون عاماً للجميع من التقبيل وغيره.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٢٢٣ والنسائي ٢/ ١٠٣ والترمذي ١١٩٩ وابن ماجه ٢٠٦٥ والحاكم ٢/ ٢٠٤ والبيهقي ٧/ ٣٨٦ كلهم من حديث ابن عباس قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب اهـ. وفي إسناده الحاكم بن أبان في كلام لكن الحديث يتقوى بشواهده وقد توبع، فأخرجه الترمذي ٣٢٩٩ والصحابي هو سلمة بن صخر.

(٢) جيد. رواية ابن ماجه ٢٠٦٥ من حديث ابن عباس.

(٣) حسن. أخرجه الترمذي ١١٩٨ وابن ماجه ٢٠٦٦ والبيهقي ٧/ ٣٨٦ كلهم من حديث سلمة بن صخر البياضي.

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب اهـ. وفيه ابن اسحق مدلس، وقد عنعنه فالحديث كما قال الترمذي.

(٤) قول مالك في موطئه صفحة ٥٦٠.

sturdubooks.wordpress.com

عليه قال: وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه **(ولو نوى به الطلاق لا يصح)** لأنه منسوخ فلا يتمكن من

لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة، ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي قوله: **(وهذا اللفظ)** أي قوله: أنت عليّ كظهر أمي **(لا يكون إلا ظهاراً وإن نوى به الطلاق)** أو الإيلاء أو قال: لم أنو شيئاً لأنه صريح فيه، وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره، وهذا يعم ما قلنا، وما في الكتاب يخص قصد الطلاق. ولو قال: أردت به الخبر عن الماضي كذباً لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، كذا في التحفة. ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقاً وهو لا يستلزم نفي صحة إرادته به احتاج إلى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله: وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جواباً وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعاً لوقوع الطلاق على المخاطبة، ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة قوله: **(ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرّمة)** اللام فيهما للعهد: أي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لأنهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما قوله: **(وهذا المعنى)** يعني تشبيه المحللة بالمحرمة **(يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر إليه)** على التأبيد لما كان الظهار كلاماً تشبيهياً مشتملاً على المشبهة والمشبه بها وجب إعطاء ضابطهما؛ ففي المشبهة أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه، وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الأول، وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر إليه على التأبيد إلا أن مع ذكرها ينوي كما سيأتي. إذا عرفت هذا فعبارته: أعني قوله وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها إلى قوله: مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة، وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لا يحل النظر إليه، فلو قال: أنت عليّ أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمي أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهراً، ولو قال: يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها إلى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهراً لانتفائه من جهة المشبهة، ولو قال: أنت عليّ أو رأسك إلى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها إلخ لم يكن ظهاراً لانتفائه من جهة المشبه بها لأن هذه الأشياء مما يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة، وكذا لو قال: يدك أو رجلك إلخ عليّ كيدها أو كرجلها إلخ لم يكن ظهاراً لانتفائه من الجهتين، وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين أخرجت فروعاً كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهاراً بطنك كفرجها لا يكون ظهاراً. ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لأن المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك، وفي المشبه بها يكون العضو مما لا يحل النظر إليه من المحرمة ما ذكره

لأن التحريم عرف بقوله تعالى **﴿من قبل أن يتماسا﴾** والتماس في القرآن كناية عن الجماع. وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز **(بخلاف الحائض والصائم)** حيث لا تحرم الدواعي فيهما **(لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي أفضى إلى الحرج، ولا كذلك الظهار والإحرام)** وسيأتي في كتاب الكراهية. فإن قيل: لما كثر وجودهما كان أدعى إلى شرع الزاجر من الظهار، فلم انعكس الأمر؟ أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وأن كان كثيراً لكن أوقات الطهر والإفطار أكثر، فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجوداً فيها ظاهراً فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه إيجاب الزاجر لأن إيجاب الزاجر لمنع وجود الجماع، وبفتور الرغبة كان ممتنعاً فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر **(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى)** أي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص، ولا يعاود الوطء حتى يكفر؛ لما روى «أن سلمة بن صخر البياضيّ قال لرسول الله ﷺ: ظاهرت من امرأتي ثم أبصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها، فقال رسول الله ﷺ استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله: **(ولو كان شيء آخر واجباً لنبه عليه. قال: وهذا اللفظ)** هذا إشارة إلى قوله أنت عليّ كظهر أمي: يعني هذا اللفظ لا

besturdubooks.wordpress.com

الإتيان به **(وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر)** لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة)** لأنهن في التحريم المؤبد كالأم **(وكذلك إذا قال رأسك علي**

بقوله: لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة إلخ وقد تممناه في أول هذا البحث قوله: **(لأنهن)** أي أخته وعمته وأمه من الرضاع في التحريم المؤبد كالأم، بخلاف قوله: أنت عليّ كظهر عمتك أو أختك لأن حرمتهما ليست على التأبيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها. ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فإن المجوسية محرمة على التأبيد. ولو قال: كظهر مجوسية لا يكون ظهاراً ذكره في الجوامع لأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها، بخلاف الأمية والأختية وغيرهما. لا يقال: يرد على اشتراط تأبد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لأخرى: أنت عليّ مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع أن المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لأن ثبوت الظهار في هذه إنما هو باعتبار تضمن قوله لها: أنت عليّ كظهر أمي لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك إنما هو في ذلك، فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال: أنت عليّ مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها. وفي التحفة: لو شبه بامرأة محرّمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهراً لأن النص ورد في الأم وهي محرمة على التأبيد، وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهاراً ولا إيلاء إلا بالنية، وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الإجماع عليها؟ شرطه في النهاية لتخرج أم المزنى بها وبنتها لأنه لو شبهها بهما لم يكن مظاهراً وعزاه إلى شرح الطحاوي، لكن الخلاف منقول في هذه، فمنهم من قال: عند أبي يوسف يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نافذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافاً لأبي يوسف. ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه، فظهر مما نقلنا أن مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعاً عليها أو لا، بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص غير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة في الواقع، ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه، ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال: لو قبّل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لا يكون مظاهراً عند أبي حنيفة، ولا يشبه هذا الوطء لأن حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها. وفي الدراية: في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أنها محرمة على التأبيد، كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها

يثبت به إلا الظهار، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو به شيئاً يكون ظهاراً **(لأنه)** أي كونه طلاقاً **(منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به)** لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك **(ولو قال أنت عليّ كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة)** اللام في المحللة والمحرمة للعهد: أي المحللة نكاحاً لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيداً لا توقيتاً **(وهذا المعنى)** أي التشبيه **(يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه)** كالأعضاء المذكورة، بخلاف اليد

قوله: **(لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع)** أقول: وعدم كونه إيلاء يعلم من قوله لأن فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف: **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر)** أقول: قال ابن الهمام: مقتضى العبارة أن لا يحل النظر إلى أخته وغيرها وليس كذلك، وإنما المعنى بجزء لا يحل النظر إليه اهـ. فاستعمل من بمعنى ما، ومن في من محارمه للتبعيض. قال الإتقاني: أي إذا شبه امرأته بمن لا يحل للرجل النظر إلى هذه الأشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اهـ. فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد، إلا أن يقال المضاف مقدر: أي لا يحل النظر إلى أعضائها المعهودة قال المصنف: **(على التأبيد)** أقول: قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثاً، وكذلك كل من كانت حلالاً ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اهـ. لكن إذا شبهها بها يكون مظاهراً.

sturdubooks.wordpress.com

كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن، ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق **(ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته)** لينكشف حكمه **(فإن قال**

مع أن في حرمتها عموم نص «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] وقوله ﷺ «البلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة»[2] لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع. والثاني إنما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التي أرضعته بالالتزام، ومثله ما رأيت لو شبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أن أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد. أما إن أراد من أرضعهما نفس الفحل بأن نزل له لبن فلا إشكال، لكنه بعيد من عادتهم في إطلاقه، ولأنه لا أختية هناك أصلاً. ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضاً نقلاً عن شرح القدوري رحمه الله: زنى أبوه بامرأة أو ابنة فشبهها بأمها أو ابنتها يصير مظاهراً عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له. وعند محمد لا يصير مظاهراً وينفذ حكم الحاكم، وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن ولا أم زوجة الابن على الأب، فليس التشبيه هنا بمحرمة، ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهراً، ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط: ينبغي أن يكون مظاهراً لأن فرجهما في الحرمة كفرج أمه. وفي كافي الحاكم رحمه الله: المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف. وفي الدراية لو قالت هي: أنت عليّ كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا. وفي المبسوط عن أبي يوسف: عليها كفارة يمين. وقال الحسن بن زياد: هو ظهار. وقال محمد: ليس بشيء وهو الصحيح. وفي شرح المختار حكي خلاف أبي يوسف، والحسن على العكس، وكذا في غيره. وفي الينابيع والروضة كالأول قال: هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن، ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهراً منهما قوله: **(ولو قال أنت عليّ مثل أمي)** هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي أي كأمي حرام كظهر أمي، ففي أنت أمي لا يكون مظاهراً وينبغي أن يكون مكروهاً، فقد صرحوا بأن قوله لزوجته: يا أخيّة مكروه. وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة «أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً يقول لامرأته: يا أخيّة فكره ذلك ونهى عنه»[3] ونحن نعقل أن معنى النهي هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار، ولولا هذا الحديث لأمكن أن

والرجل والشعر والظفر لأنه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهراً بالتشبيه بها. وقوله: **(وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها)** ظاهر **(وإن قال رأسك عليّ كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهراً)** لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٤٦ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه والنسائي ٦/ ٩٩ كلهم من حديث عائشة وله قصة.
وأخرجه أبو داود ٢٠٥٥ وابن ماجه ١٩٣٧ والدارمي ٢١٦٧ وأحمد ٦/ ٤٤، ٥١ كلهم من حديث عائشة مُختصراً بمثل سياق المصنف وأخرجه البخاري ٢٦٤٥ ومسلم ١٤٤٧ ح ١٢ والنسائي ٦/ ٩٩ وابن ماجه ١٩٣٨ وأحمد ١/ ٢٧٥ و٢٩٠ كلهم من حديث ابن عباس «أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال: إنها لا تحل لي إنها إبنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٣٩، ٥١٠٣ ومسلم ١٤٤٥ من وجوه كثيرة ومالك ٦٠١ ح ٢و٦٠٢ ح ٣ و أبو داود ٢٠٥٧ والترمذي ١١٤٨ والنسائي ٦/ ٩٩ والدارمي ٢١٦٦ وابن ماجه ١٩٤٨، ١٩٤٩ والبيهقي ٧/ ٤٥٢ وأحمد ٦/ ٣٣، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ١٩٤ كلهم من حديث عائشة ورواه الطيالسي ١٤٣٤ من وجه آخر عن عائشة أيضاً.
ورواية مسلم «تربت يداك، أو يمينك» والأكثر لم يذكروا هذه الزيادة.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢١٠، ٢٢١١ من حديث أبي تميمة أن رجلاً قال لامرأته مذكره..
وكرره أبو داود عن أبي تميمة عن رجل من قومه أنه سمع النبي ﷺ سمع رجلاً يقول لإمرأته: يا أخيّة فنهاه.
قال أبو داود: ورواه عبد العزيز بن المختار عن خالد عن أبي عثمان عن أبي تميمة عن النبي ﷺ، ورواه شعبة عن خالد عن رجل عن أبي تميمة عن النبي ﷺ.
قال المنذري عقب الرواية الأولى: هذا مرسل اهـ أي لأن أبا تميمة تابعي.
ثم قال عقب الرواية الثانية: ذكر أبو داود ما يدل على اضطرابه اهـ.
ومع ذلك فالحديث حسن لكونه ورد مرسلاً ومتصلاً وأبو تميمة اسمه طريف بن مجاهد الهجيمي البصري ثقة روى له البخاري، وأصحاب السنن كما في التقريب.

besturdubooks.wordpress.com

أردت الكرامة فهو كما قال) لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام **(وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)** لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية **(وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن)** لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت عليّ حرام ونوى الطلاق، وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد يكون ظهاراً لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها أولى. وإن عنى به التحريم لا غير، فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين. وعند محمد

يقال: هو ظهار لأن التشبيه في قوله: أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة، ولفظ أخيّة في يا أخيّة استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه، لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهاراً حيث لم يبين فيه حكماً سوى الكراهة والنهي عنه، فعلم أنه لا بد في كونه ظهاراً من التصريح بأداة التشبيه شرعاً، ومثله أن يقول لها: يا بنتي أو يا أختي ونحوه، وفي مثل أمي أو كأمي ينوي، فإن نوى الطلاق وقع بائناً كقوله: أنت عليّ حرام، وإن نوى الكراهة والظهار فكما نوى كما في الكنايات. وأفاد أنه كناية في الظهار، فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو، وإن لمْ يكن له نية فليس بشيء عندهما، وهو ظهار عند محمد رحمه الله. وجه قوله: أن المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوى تصحيحاً لإرادته، وجعل علي بمعنى عندي في الكرامة، وذلك أن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي، فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه. ولهما أن يمنعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل إذا كان التشبيه به ابتداء، ففيما إذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملاً في حق جهة التشبيه، فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصاً والحمل على الظهار حمل على المعصية، ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها، وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه، وإن نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافاً بينهما وكذا غيره، فعند محمد ظهار لأنه بكاف التشبيه: أي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعاً واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام. وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقاً بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر، أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة، والإيلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به، وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الإطعام بستين مسكيناً أو صيام ستين يوماً، والأمور الأخرى هي أن حرمتها في الإيلاء لا تثبت في

البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة **(ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمي كان مظاهراً لأن الحكم يثبت في ذلك الجزء أوّلاً ثم يسري إلى سائر البدن كما بيناه في الطلاق) (ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأمي احتمل وجوهاً فيرجع إلى نيته لينكشف ذلك؛** وكلامه ظاهر. وقوله: **(وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده، وعن أبي يوسف فيه روايتان: إحداهما كقول محمد لأنه قال في الأمالي: إذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البرّ لم يصدق في القضاء وهو ظهار. وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص، قال الله تعالى **﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾** وكان قوله أنت عليّ كأمي بمنزلة قوله أنت عليّ حرام، وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينو شيئاً يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب أن كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه إلى أن يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها. ووجه قول محمد أن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها أولى. **(وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين)** فإن الحرمة الثابتة

قال المصنف: **(فالتشبيه بجميعها أولى)** أقول: فيه بحث، فإن في الجميع ما يحل النظر إليه كالوجه وغيره.

sturdubooks.wordpress.com

ظهار لأن كاف التشبيه تختص به **(ولو قال أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى)** لأنه يحتمل الوجهين. والظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية، فعلى قول أبي

الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر، ولو طلقها ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر عادت بلا إيلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة إذا وطىء وكان الإيلاء مؤبداً، وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى إلى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أوّلاً، ولو طلقها ثلاثاً والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر، وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر، ومنهم من قال: الأصح أنه حينئذ ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه، وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله: أنت عليّ حرام كأمي، وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي. وفي أنت عليّ حرام كأمي فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا البرّ لتصريحه بالحرمة، فأيهما أراد ثبت، فإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف: إيلاء على قول محمد ظهار، وههنا يتجه المذكور آنفاً عن قاضيخان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهاراً لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه قوله: **(والوجهان بينهما)** يعني فيما قبلها: يعني قوله: من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين، ومن جهة محمد ما ذكرناه. وفي أنت عليّ حرام كظهر أمي خلاف، فعنده لا يكون إلا ظهاراً سواء نوى طلاقاً أو إيلاء أو لم ينو شيئاً **(وقالا: هو على ما نوى)** ظهاراً أو طلاقاً أو إيلاء، وإن لم تكن له نية فظهار **(لأن التحريم يحتمل كل ذلك)** فإن نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله: بعده كظهر أمي تأكيداً له لا مغيراً **(غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً)** معه لأنه يقع بائناً بأنت حرام، ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمي **(وعند أبي يوسف يكونان)** فقيل: لا بلفظ حرام إذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل لفظ، وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة. وقيل: بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته، كما إذ قال: من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال: عنيت الأخرى يقع عليهما في الأخرى باعترافه في المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فإنه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر، وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال: عنيت الطلاق عنده إنما هو في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى. وفي شرح الكنز: ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهاراً بالاتفاق لعدم التنافي قوله: **(وقد عرف في موضعه)** يعني المبسوط. ولأبي حنيفة أنه: أي لفظ كظهر أمي صريح في الظهار محكم فيه، ولفظ حرام محتمل فيرد إليه إذا قرن معه قوله: **(حتى لو ظاهر من أمته)** موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح، وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين، خلافاً لمالك والثوري في الأمة مطلقاً، ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري

بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار، إذ حرمة الإيلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى، وحرمة الظهار لعينها وهو أنه منكر من القول وزور، ولأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها **(وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه يختص به. ولو قال أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين)** فحسب، لأنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملاً للكرامة كما في المسئلة الأولى ووجهها ظاهر **(وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء، وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما)** يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين، وقوله لأن كاف التشبيه يختص به **(وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى طلاقاً أو إيلاء لا يكون إلا ظهاراً عند أبي حنيفة)** وكذا إذا لم ينو شيئاً كذا في المبسوط **(وقالا: هو على ما نوى)** إن نوى ظهاراً فظهار، وإن نوى طلاقاً فطلاق، وإن نوى إيلاء فإيلاء، كذا ذكره الصدر الشهيد والإمام

قال المصنف: **(لأن كاف التشبيه)** أقول: أي أداته، فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعاً واحد قال المصنف: **(يختص به)** أقول: المرأة كثرة استعماله فيه فلا يرد شيء.

besturdubooks.wordpress.com

يوسف إيلاء، وعلى قول محمد ظهار، والوجهان بيناهما **(وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وقالا: هو على ما نوى)** لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً وقد عرف في موضعه. ولأبي حنيفة أنه

في الموطوءة. لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى **﴿من نسائهم﴾** [المجادلة: ٣] والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا تستلزم الحقيقة، لأن حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه، وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطأ حلالاً عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا، على أنه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات، والمجازي: أعني الإماء بعموم المجاز لأمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإماء كثبوته في الزوجات. أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضاً ليثبت بطريق الدلالة، لأن الإماء لسن في معنى الزوجات، لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الأمة المجوسية والمواضعة، بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل، ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس، ولأن الظهار كان طلاقاً فنقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة، وليس هذا الوجه بشيء للمتأمل قوله: **(لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف)** والتشبيه إنما انعقد سبباً للتحريم المغيا حين كان كذباً محضاً فلا يتوقف. بقي أن يقال: فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة، فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع. أجاب عنه بقوله: والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه، لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا، بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الإجازة، بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب العبد، لأن الإعتاق حق من حقوق الملك: يعني يثبت بالملك حتى أن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه، وإن كان لو قاله: لزمه حكمه، فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق قوله: **(ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً)** بلا خلاف **(لأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن يطلقن جميعاً)**، وإنما الخلاف في تعدد الكفارة، فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن: أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة، وبه قال: الحسن

العتابي في شرحيهما للجامع الصغير **(لأن التحريم محتمل)** ونية المحتمل صحيحة غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً: يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهراً بالتصريح بالظهار، ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر. وضعفه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق إن وقع بقوله أنت عليّ حرام كان متكلماً بلفظ الظهار بعد ما بانت، والظهار بعد البينونة لا يصح، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت عليّ حرام. قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين. وأجاب الإمام ظهير الدين عن هذا فقال: يصح ظهار المبانة على قوله، وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وأن هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهاراً فلا يصدق في إبطال حكم الظهار ويصدق في إرادة الطلاق لاعترافه به. وقوله: **(وقد عرف في موضعه)** يعني مبسوط شمس الأئمة **(ولأبي حنيفة: أن قوله أنت علي كظهر أمي صريح في الظهار)** ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية **(فلا يحتمل غيره من الطلاق)** والإيلاء **(ثم هو محكم)** لعدم احتمال الغير، وقوله أنت عليّ حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر **(فيرد التحريم إليه)** أي إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل على المحكم. قال: **(ولا يكون الظهار إلا من الزوجة، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ ولأن الحل في المملوكة تابع)** بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى

sturdubooks.wordpress.com

صريح في الظهار فلا يحتمل غيره، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه. قال: **(ولا يكون الظهار إلا من الزوجة، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً)** لقوله تعالى: **﴿من نسائهم﴾** ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة، ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة **(فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل)** لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكراً من القول، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف، بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك **(ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن**

والنخعي والزهري والثوري وغيرهم، وقال مالك وأحمد: كفارة يمين واحدة، وروي ذلك عن عمر وعلي، وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الإيلاء. قلنا: الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن، وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره، بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدد إلا إن نوى بما بعد الأول الأول تأكيداً فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس، بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى. وأورد: لما ثبت بالظهار الأول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو إلا تحصيل الحاصل. أجيب بالأول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه، وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات.

[فروع] لا يصح ظهار الذمي، وبه قال مالك خلافاً للشافعي وأحمد كالإيلاء، وهي رواية البرمكي عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى **﴿والذين يظاهرون منكم﴾** [المجادلة: ٢] والكافر ليس منا، إلحاقه بالقياس متعذر لأن الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة، وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريماً مؤبداً وهو غير حكمه بالنص، ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان في حقه، بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة، ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه في **﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾** الأحزاب (٤٩) وما أجيب من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه إنها تفتقر إلى النية اتفاقاً فلزم كونها عبادة. وما دفع به من أن افتقارها إليها كافتقار الكنايات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع، لأن افتقار الكنايات إليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره، وافتقار الكفارة لتقع عبادة وإلا فلماذا، والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبي حنيفة: حيث أجاز إيلاء الكافر خلافاً لصاحبيه أن حكم الإيلاء أمران:

تلحق بها **(ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة)** وعورض بأن الأمة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلاً ابتداء؛ كما لو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها فإنه يبقى حكم الظهار، وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح. والجواب أن بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار أنها محل للظهار بقاء، وإنما هو باعتبار أن حرمة الظهار إذا صادفت المحل لا تزول إلا بالكفارة، وههنا قد صادفت محلاً فتبقى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق، فإنها إذا طلقت ثنتين لم تحد بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر **(فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف)** لكونها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكراً من القول والظهار منكر من القول. وقوله: **(والظهار ليس بحق من حقوقه)** أي حقوق

قوله: **(فالابتداء والبقاء فيه سواء)** أقول: فيه بحث، نعم كل ما يكون محلاً لحكم ابتداء يكون محلاً له بقاء، وأما عكسه فغير مسلم، وما ذكره من حديث المحرمية لا يفيده قوله: **(لا تزول إلا بالكفارة إلخ)** أقول: وهل معنى محلية الظهار بقاء إلا هذا.

besturdubooks.wordpress.com

جميعاً) لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها، بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم.

وقوع الطلاق بتقدير البرّ وهذا يتحقق في حقهم لأنهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظراً إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث، فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البرّ وتعذر التكفير. ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلاً ثم كفّر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز، ولو ظاهر يوماً أو شهراً صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة، ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهراً، بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف. ويصح بشرط النكاح، فإذا قال لأجنبية: إن تزوّجتك فأنت عليّ كظهر أمي فتزوّجها لزمه حكم الظهار، ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي في رجب ورمضان وكفّر في رجب أجزأه عنهما، ولو ظاهر، فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائداً بالإفاقة خلافاً لأحد وجهين للشافعية.

النكاح جواب سؤال. تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفاً على الإجازة يوقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب. وتقرير الجواب أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها، والدليل على أنه ليس من حقوقه أن النكاح أمر مشروع، والظهار ليس بمشروع لأنه منكر من القول، وما لا يكون مشروعاً لا يكون من حقوق المشروع (**بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب، لأنه**) أي الإعتاق (**من حقوق الملك**) لكونه منهياً للملك ومتمماً له (**ومن قال لنسائه أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً**) وكلامه فيه واضح. وقوله: (**بخلاف الإيلاء منهن**) يعني أن يقول لهن والله لا أقربكن، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعاً، وإن قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم.

besturdubooks.wordpress.com

فصل في الكفارة

قال: **(وكفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً)** للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب. قال **(وكل ذلك قبل المسيس)** وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه، وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً. قال: **(وتجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير)** لأن إسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه، والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول: الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة، ونحن نقول: المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق، وقصده من الإعتاق

فصل في الكفارة

قوله: **(عتق رقبة)** أي إعتاقها، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارناً لموت المورث لا يجزيه عنها قوله: **(وكذا في الإطعام)** يعني يجب كونه قبل المسيس كأخويه، والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله وألحقه بهما. وحاصله عقلية لأن الكفارة منهية بالتنصيص على إيجادهما قبل التماس، وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس، وما قدمنا روايته من الحديث المصحح من قوله: ﷺ للذي واقع قبل التكفير «اعتزلها حتى تكفر»[1] مطلق من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه. لا يقال هذا كله يتراءى أنه زيادة على إطلاق النص بالخبر والقياس، وهو لا يجوز، وذلك لأنه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال **﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٣] ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال **﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾** [المجادلة: ٤] ثم أطلق الإطعام عنه بقوله تعالى **﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾** [المجادلة: ٤] فلو أريد التقييد في الإطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالإطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به لتقييده في التحرير قرينة على قصد الإطلاق فيه، وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقاً إذ هو دفع لتوهمها اختصاصه

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة. وسببها الظهار والعود جميعاً، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة، ثم رتب الحكم عليها بالفاء، وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة الإباحة فلا يصلح أن يكون سبباً للكفارة، لأن سببها لا بد وأن يكون أمراً دائراً بين الحظر والإباحة على ما عرف في الأصول، وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن، ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة، ولو عاد ثم بدا له أن لا يطأها سقطت. فإن قيل: لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة

فصل في الكفارة

قال المصنف: **(للنص الوارد فيه)** أقول: أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق قال المصنف: **(وكذا في الإطعام)** أقول: بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فإنه سيجيء من المصنف في تعليل جواز قربان المظاهر منها في أثناء الإطعام ما يخالفه قال المصنف: **(فلا بد من تقديمها على الوطء)** أقول: وهذا على سبيل الاستحباب، حتى لو جامع في خلال الإطعام لا يلزمه الاستئناف كذا في شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه قوله: **(وأجيب عنه بأن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة)** أقول: في المغرب، وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له إذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما في المندوب والمأذون آخر ما قال.

---

(١) تقدم تخريجه في ٢/ ٢٤٩ باب الظهار.

besturdubooks.wordpress.com

التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره **(ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين)** لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير

بالخصلة الأولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين، ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إرادة انفراده عنهما بمعنى الإطلاق فلا يتخرج على القواعد إلا إن تحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار، والثابت فيه الآن قولان: عن الشافعي وروايتان عن أحمد: لأنا نقول: الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطاً لحل المظاهر منها مطلقاً وقد جرينا على موجب ذلك، ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والإلحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه للحل، والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدي إلى الفرع منه الوجوب. لا يقال حينئذ: يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول: الوصف الذي زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب، غير أنه إن كان ثبوته قطعياً سمي فرضاً، وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل، وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة: فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف، ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف، لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام، ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة قوله: **(من كل وجه)** متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئاً وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه قوله: **(والكفارة حق الله تعالى)** المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أو لا؟ فعنده نعم وعندنا لا، إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوماً عقلياً، إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوباً إدخاله في الوجود مطلقاً ومقيداً كالصوم في كفارة اليمين، ورد مطلقاً ومقيداً بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الأصل فمن غير هذا، ولو تنزلنا إلى أصلها لم يلزم من التصديق في كفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بياناً في المطلق. وتقرير ما في الكتاب أن الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله، إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة. أن هذا لا يعارض إطلاق النص إلا إذا كان مانعاً عقلياً منه، وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان والتمليك تصدقاً على الكافر

لأن تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز؟ فالجواب أن المراد بالعود حقيقة إن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه. نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت إنهاء للحرمة الثابتة بالظهار، ولا يمكن إيقاع الفعل حلالاً إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعاً بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة، وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة، وما في الكتاب ظاهر. والمراد بقوله: **(عتق رقبة)** إعتاق رقبة، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة؛ ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها. وقوله: **(من كل وجه)** متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً صح عن الكفارة، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح. واعترض على المصنف من وجهين: أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق، وإنما يقال رق فلان: إذا صار رقيقاً: أي عبداً. وأجيب عنه بأن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة. والثاني أن تذكير الذات لا يجوز، فالصواب ذات مرقوقة مملوكة. وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني. وقوله: **(والشافعي يخالفنا)** أي لا يجوز إعتاق الرقبة الكفارة في الكفارة **(لأن الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق)** وقوله: **(وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة)** جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى. وتقريره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى **(ثم مقارفته المعصية)** أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر **(يحال به**

besturdubooks.wordpress.com

مانع، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر، ويجوز الأصم. والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر، لأن الفائت جنس المنفعة، إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق، فإنه إذا صيّح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه **(ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين)** لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة **(ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل)**

بالأمور الدنيوية، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة، قال ﷺ «تصدقوا على أهل الأديان»[1] والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى، فلولا أن مقصود القربة إلى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلاً، ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأموراً به، ولا يظهر لوصف المأمورية أثر في منافاة كون محله كافراً بعدما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة، ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا: بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة، وهذا لأن التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل تعله، وهو إنما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكراً لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك، ثم افتراقه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه، فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاق. هذا ويدخل في الكافر المرتد والمرتدة، ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل، وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة، وإعتاق المستأمن يجزيه قوله: **(ولا تجزىء العمياء إلخ)** الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقروناً بالنية، وجنس ما يبتغي من المنافع بلا بدل، فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب، وهذا لأن بفوات الجنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها، ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع أنهم اعتبروه في الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية، وجوّزوا هنا عتق مقطوعهما إذا كان السمع باقياً، ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت، وما عللوا به في جعل العينين والخصي والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به في فوات الزينة على الكمال، لأن باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكاً من وجه بل الحر، فعن هذا افترق الحال بين الإعتاق والدية فيه، وتجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء[2] والغشواء[3]

(إلى سوء) اعتقاده و **(اختياره)** ولقائل أن يقول: مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره، لكن لم لا يكون تصوّر ذلك منه مانعاً عن الصرف إليه كما في الزكاة؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضاً لأن فيه مواساة عباد الله، لكن قوله ﷺ «خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم» أخرجهم عن المصرف. قال: **(ولا تجزى العمياء)** أي لا يجوز إعتاق الرقبة العمياء ذكراً كان أو أنثى، وكلامه ظاهر، والضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو أنه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقروناً بنية الكفارة وجنس ما يبتغي به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها، وإن لم يكن كذلك لم يجز، فقوله رقبة احتراز عما إذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز. وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم. وقوله مقروناً بنية الكفارة احتراز عما إذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فإنه لا يقع عنها، وإن نوى عنها بعد الإعتاق لا يجوز أيضاً. وقوله وجنس ما يبتغي به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك. وقوله بلا بدل احتراز عما إذا أعتق عبده على بدل، فإنه لا يقع عن الكفارة. وإنما

قوله: **(لكن قوله ﷺ خذها إلخ)** أقول: ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب قوله: **(ثم أعتق النصف الآخر لم يجز)** أقول: حق العبارة فإنه لا يجوز قوله: **(كما تقدم)** أقول: في أول الصحيفة.

---

(١) تقدم في الزكاة.

(٢) عمشت العين: من باب تعب سال دمعها في أكثر الأوقات مع ضعف البصر فالرجل أعمش والأنثى عمشاء اهـ. مصباح.

(٣) الغشاء: الغطاء وجاء في القاموس الغشواء: فرس ومن المعز التي تغشى وجهها بياض.

besturdubooks.wordpress.com

لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل فكان فائت المنافع (**والذي يجن ويفيق يجزيه**) لأن الاختلال غير مانع، ولا يجزىء عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصاً، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل. وعن أبي حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ، فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز خلافاً للشافعي. له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر. ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» والكتابة لا تنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الأذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من

والبرصاء والرمداء والخنثى، لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو إحدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة، ويجوز من خلاف. أما مقطوع إبهامي اليدين فلما في الكتاب، ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الإبهامين من كل يد لأن الأكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الإبهام من كل يد لا ساقط الأسنان العاجز عن الأكل، ولا يجوز المجنون المطبق لأن المنافع كلها في حقه فائتة لأن الانتفاع بها إنما هو بالعقل وأما الذي يجنّ ويفيق فيجزي عتقه أطلقه في الهداية والمراد إذا أعتقه في حال إفاقته وفي الأصم روايتان، وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين، فمحمل رواية النوادر: الأصم الذي ولد أصم وهو الأخرس فإنه لا يسمع أصلاً ولا يتكلم، ومحمل ظاهر الرواية الذي إذا صيّح عليه يسمع. وروى إبراهيم عن محمد: إذا أعتق عبداً حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز. وفي التجنيس: من علامة عيون المسائل إذا أعتق عبداً مريضاً عن ظهاره إن كان يرجى ويخاف عليه يجوز، وإن كان لا يرجى لا يجوز لأنه ميت معنى هذا وقد منع لزوم جنس المنفعة بقطع الإبهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة، لكن الشارع لم يعتبرهما إلا كغيرهما من الأصابع، وأيضاً رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها، وذلك أن قوة البطش ليست لازمة ولاعنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (**ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد**) ويجوز إعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئاً لا الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه، وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع أنه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الإجزاء منهما، فإنه لو قال: كل مملوك في حرّ عتق مدبره وأم ولده، ولا يعتق مكاتبه إلا بالنية فدل أنه أنقص رقاً منهما وبهذا يبطل قولكم: الكتابة إنما اقتضت فك الحجر لا غير كالأذن في التجارة، ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة، وهذا كله على وجه الإلزام لنا في المدبر، فإن عنده بيع المدبر وإعتاقه جائز، وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافاً لنا، وفي أم الولد على وجه الإثبات لنفسه، ونحن نمنع أن استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق، فإن ذلك معنى التعليق

كان فوت جنس المنفعة مانعاً لأن الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك لأن قيام الشخص بمنافعه. وقوله: (**ويجوز الأصم**) واضح. وقوله: (**لأن قوة البطش بهما**) يفيد أن ما يزول به تلك القوة كان مانعاً فقطع أكثر أصابع كلّ يد كقطع جميعها وقوله: (**والذي يجن ويفيق يجزيه**) يعني إذا أعتقه في حال إفاقته (**ولا يجزىء عتق المدبر وأم الولد**) لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة، والمطلق ينصرف إلى الكامل، ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (**لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصاً**) فإنه إذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي. وقوله: (**فأشبه المدبر**) استدلال بما لا يقول به، فإن بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجاً علينا بمذهبنا. وقوله: (**على ما بينا**) إشارة إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ. وقوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ. وقوله: (**والكتابة لا تنافيه**) دليل آخر. وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة، ولم يزل رقه بها لأن الشيء لا يزول إلا بمنافيه، والكتابة لا تنافي الرق (**فإنه**) أي عقد الكتابة أو ذكره باعتبار الخبر (**فك الحجر**) إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإعارة والإجارة، وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالإذن في التجارة. فإن قيل: لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون. أجاب بقوله إلا أنه: أي

sturdubooks.wordpress.com

جانبه، ولو كان مانعاً ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله، إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل بجهة الكتابة، أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب **(وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها)** وقال الشافعي: لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء

وهو الحاصل هنا، فإن حاصل الكتابة تعليق العتق بالأداء، ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لأن سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا، ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لأن الحاصل فيهما أيضاً تعليق العتق بموت السيد، ولو تمكن نقصان في رقه لما تضور فسخه وإعادته إلى الحالة الأولى، لأن نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه، وهذا ما يقال حق العتق كحقيقة، وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة، فظهر أن الكتابة إنما أوجبت فك الحجر في المكاسب، وذا لا يمكن نقصاناً في الرق إذ المكاسب غير الرقبة، وبه يعلم أن قوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء»[1] رواه أبو داود، المراد به كامل في العبودية والرق، وإنما يستبد المولى بفسخه لأنه ببدل فانعقد لازماً على المولى، بخلاف الإذن في التجارة لأنه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية، لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق، ألا يرى أن الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة، والحيوان غير الآدمي، ففي العبد رق في رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافعه وأكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق، ولكن العتق إنما يعتمد الرق لأنه لو دار مع الملك يثبت في غير الآدمي أيضاً فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح قوله: **(إلا أنه يسلم له الأكساب إلخ)** جواب عما قد يقال: عتقه حيث وقع إنما يقع شرعاً بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم له الأكساب والأولاد، فعلم أنه بجهة الكتابة

عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازماً من جانبه: أي من جانب المولى. وقوله: **(ولو كان مانعاً)** جواب بطريق التنزل: يعني لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن الإعتاق عن الكفارة، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة **(ينفسخ)** قبل الإعتاق **(مقتضى الإعتاق إذ هو)** أي عقد الكتابة **(يحتمل الفسخ)** فإن قيل: لو صح إعتاقه تكفيراً وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله أكساب أجاب بقوله: **(إلا أنه يسلم له)** أي للمكاتب **(الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل)** يعني المكاتب **(بجهة الكتابة)** وإذا كان كذلك لا يخرج الأكساب والأولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة، وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحاً فيقدر دلالة، والدلالة

قوله: **(وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب إلخ)** أقول: فصار لهذا العتق سببان: إعتاق مقيد من المولى، وعقد الكتابة. وحق العبد في أن لا يبطل ما يثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف إلى كل واحد من السببين كملاً كان ليس معه غيره، كواحد قتل جماعة فإنه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفياً حقه بصفة الكمال قوله: **(فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى العتق قوله: **(وجعل الإعتاق للتكفير)** أقول: كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق بأداء البدل والمفروض أنه لم يؤد شيئاً والتعويل عندي على الجواب الثاني، ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة، والثابت هنا هو الأول فإنها لم تنفسخ في حق الأولاد والأكساب، وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا قوله: **(وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين)** أقول: قوله هو راجع إلى الإعتاق، وقوله نظراً تعليل لقوله وجعل الإعتاق ولقوله فجعل العتق إلخ.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٦ وعنه البيهقي ١٠/ ٣٢٤ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وأخرج ابن ماجه ٢٥١٩ والترمذي ١٢٦٠ والبيهقي ١٠/ ٣٢٤ وأحمد ٢/ ١٧٨، ٢٠٦، ٢٠٩ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات فهو رقيق».

قال الترمذي: حسن غريب والعمل عليه عند أكثر أهل العلم اهـ. فهذا الحديث يتقوى بهذه الروايات، وإن كان فيها مقال، وحديث عمرو بن شعيب من سلسلة الحسن عند الجمهور.

besturdubooks.wordpress.com

الله وإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقاً بعوض. ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه يتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة **(فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز)** لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة. أما عندهما فالإعتاق لا

أجاب بوجهين: الأول أن العتق في المكاتب واحد، والإعتاق من جانب المولى تختلف جهاته، ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحداً، وفيما يرجع إلى المولى جعل إعتاقاً بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك، وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق، وفي حقها يجعل تمليكاً بهبة مبتدأة، وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب، ففي مسئلة الزوج نفس حقه ليس إلا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي بكونه عن سببه آخر غير الطلاق، وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس إلا عتقه عند الأداء وقد حصل عينه. الثاني انفساخ الكتابة ضروري، إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتفكير لا في حق الأكساب والأولاد لأنه لا دلالة على الرضا فيهما فيعتق في حقهما مكاتباً فتسلم له، ولا يلزم من كونه عتق مكاتباً كون عتقه بجهة الكتابة وإلا لتقرر بدل الكتابة إذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل قوله: **(وإن إشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها)** هذا في الشراء، أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه، ولو وهب له أو أوصى له صح. الحاصل أنه إذا دخل في ملكه بصنع منه إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز، ولو نواه وقت اليمين جاز قوله: **(وضمن قيمة باقيه)** يعني أعتق ذلك الباقي أيضاً **(لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز)** بناء على تجزيء الإعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ، فإعتاق نصفه إعتاق كله، غير أن المعتق إن كان موسراً ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقاً كله عن الكفارة وهو ملكه، ولا سعاية على العبد حتى يكون إعتاقاً بعوض، ولو كان المعتق معسراً لا يجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقاً ببدل، وإن لم يكن ذلك البدل حاصلاً للمعتق بل هو للشريك المقصود أنه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته. وعنده يتجزأ فإنما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف

إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد، فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات، وجعل الإعتاق للتكفير لأن المولى قصده، وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين **(أو لأن الفسخ ثبت ضرورة صحة الإعتاق)** فلا يظهر في حق الاولاد والأكساب. وقوله: **(وإن اشترى أباه أو ابنه)** واضح. وقوله: **(بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً)** يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق. فإن قيل: يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسراً لأنه يصير حراً مديوناً بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ. أجيب بأنه إنما لم يجز لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق فلا يكون العتق مجاناً فلا يقع عن الكفارة **(ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه يتقص على ملكه)** لتعذر استدامة الملك فيه **(ثم يتحول إليه بالضمان)** ما بقي منه فكان في المعنى إعتاق عبداً إلا شيئاً، ومثله يمنع الكفارة. فإن قيل: المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه. أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستنداً ويلزم النقصان المانع **(فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لأنه أعتقه بكلامين)** فلا محظور فيه. فإن قيل: قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع. أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، فإنه

besturdubooks.wordpress.com

يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقاً بكلامين **(وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقية لم يجز عند أبي حنيفة)** لأن الإعتاق يتجزأ عنده، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف حصل بعده، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس **(وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق)** أما التتابع فلأنه

الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن عتقها متعلق بالموت، بخلاف هذا، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصاً، ومثله يمنع التفكير كالتدبير فصار كأنه أعتق عبداً إلا شيئاً منه، بخلاف المسئلة التي بعد هذا فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة فيجوز، كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت. فإن قيل: الملك في المضمون يثبت مستنداً إلى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لا نقصان فيه. قلنا: الملك إنما يثبت مستنداً في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز، ولا يخفى أن التعيب ضرورة إقامة المأمور به ليس كالتعييب بصنعه مختاراً، حتى أنه لو فقأ عين الشاة مختاراً عند الذبح نقول لا يجزيه، فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص، لأن مالك النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال. وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب، وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك، فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقاً لا يمنع. وعن هذا بحث بعضهم أنه يجب الإجزاء في الصورتين، فإن النقص في الأول أيضاً حصل بسبب العتق كالثاني، والعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ، ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية. وأجاب عن قولهم: يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكمياً فسواء وجد في ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الإعتاقين، لأنه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقاً. وجوابه أن منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الإجزاء إلا إذا كان في غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب، غير أنه وقع في ملك غيره وضمنه كان مشترياً الناقص رقاً معنى فمعتقه عن الكفارة، بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم إعتاقه، فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه، بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافاً إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان إذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة قوله: **(وإعتاق النصف حصل بعده)** فإن قيل: كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس، فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعاً من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضاً. قلنا: إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني، وبطل إعتاق ذلك النصف لأن

أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقي ومثله غير مانع، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفاً إلى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة، فإن ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كأنه أعتق عبداً إلا قدر النقصان. وقوله: **(وهذا)** أي جعله إعتاقاً بكلامين **(على أصل أبي حنيفة)** في تجزي الإعتاق **(أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق للكل فلا يكون إعتاقاً بكلامين)** وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة، إلا أنه اعتراض على قوله وإعتاق النصف حصل بعده بأن أي إعتاق وجد هذا وإن كان كاملاً فهو

قوله: **(بأن أي إعتاق قوله: فهو إعتاق الخ)** أقول: قوله أي إعتاق اسم إن، وقوله فهو إعتاق خبر إن.

besturdubooks.wordpress.com

منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الأيام منهيّ عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل **(فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد)** وقال أبو يوسف: لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع، إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط، وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص، وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف **(وإن أفطر منها يوماً بعذر أو**

الشرط للحل مطلقاً إعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس، ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فيبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة قوله: **(وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق إلخ)** في الخزانة: لا يصوم من له خادم، بخلاف المسكن. وقال الشافعي والليث: يجوز الصوم مع وجود الخادم، واعتباره بالماء المعد للعطش. والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم، كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن. ويرد عليه المسكن. وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله، بخلاف الخادم. وفي الإسبيجابي: يعتبر الإعسار واليسار وقت التكفير: أي الأداء، وبه قال مالك. وقال أحمد والظاهرية: وقت الوجوب وللشافعي أقوال كالقولين. وثالثها يعتبر أغلظ الحالين قوله: **(فكفارته صوم شهرين)** إن صامهما بالأهلة أجزأه وإن كانتا ثمانية وخمسين يوماً، وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوماً حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف قوله: **(فإن جامع التي ظاهر منها)** كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، فإنه لو جامع زوجته الأخرى ناسياً لا يستأنف عنده أيضاً، كما لو أكل ناسياً لأن حرمة الأكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا يتقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال، بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها، فبالجماع ناسياً في أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس، وكون السبب النسيان لا أثر في نفي هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنص على خلاف القياس، وتقييده ليلاً بكونه عامداً ليس بقيد بل جماعها ليلاً عامداً أو ناسياً سواء. لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم قوله: **(وإن أفطر يوماً منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال)** بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض. ولو أفطرت يوماً قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد

إعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة. وأجيب بأنه إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار إعتاق نصف العبد كأن لم يكن، وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك. قال: **(وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق)** إذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين، فإن صام بالأهلة جاز، وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوماً، وإن صام لغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوماً فعليه أن يستقبل، وكذا إن أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح **(فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يستأنف)** وإنما بالتي ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطء يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامداً قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإن لم يفسده بأن وطئها بالنهار ناسياً أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، وإنما قيد في جماع التي ظاهر منها الوطء بالليل سواء، فعرف أن الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم. لأبي يوسف أن هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لأنه لم يزل صائماً، وهو الشرط: أي السبب المعتمد عليه في كون الصوم كفارة وقد وجد. فإن قيل: تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً فيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني

قوله: (قبل المسيس) أقول: أي جنسه قوله: (خالياً عن المسيس) أقول: أي جنسه.

besturdubooks.wordpress.com

بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة، **(وإن ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم)** لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال **(وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه)** لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه **(وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً)** لقوله تعالى **﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين**

شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت، كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين، فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها قوله: **(لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه)** أوقعه تعليلاً لقوله: وإن أطعم المولى عنه أو أعتق، فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر، إذ لا بد من الاختيار في أداء ما كلف به، أو معناه أن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه. واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة قوله: **(وإذا لم يستطع الصيام)** أي لمرض لا يرجى زواله أو كبر قوله: **(أو قيمة ذلك)** أي من غير ما نص عليه، فلو دفع منصوصاً عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعاً. مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ

الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل **(ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خالياً عن المسيس ضرورة بالنص)** وهذا يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضي شرطين: كون الصوم قبل المسيس، وكون الصوم خالياً عن المسيس. والشرط الثاني من ضرورة الأول لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلوّ الصوم عنه **(وهذا الشرط)** أي الشرط الثاني وهو الخلوّ عنه **(ينعدم به)** أي لمسيس فينعدم المشروط، ويجب الاستئناف، لأنه إن عجز عن الإتيان قبل المسيس فهو قادر على الإتيان به خالياً عن المسيس، وإلى هذا يشير كلام عامة الشارحين. والثاني أن يقال قوله وأن يكون خالياً عن ضرورة تفسير الأول بطريق العطف لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جاء التي ظاهر منها قبل الكفارة. والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود إلى الكفارة فيلزمه الاستئناف، وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً إلخ. والجواب عن قوله أنه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع أن عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى إلى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل **(وإن أفطر يوماً منها بعذر)** كسفر أو مرض **(أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة)** وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل أو الإفطار بعذر الحيض فإنها لا تستأنف لأنها معذورة عادة، إذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما. ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم عذر على الإعتاق في آخر يوم من الشهرين، فإن كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوّعاً لاقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وإن كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته. قوله: **(وإن ظاهر العبد)** ظاهر. وقوله: **(أو قيمة ذلك)** أي من غير

بالنهار ناسياً لأنه إذا جامعها فيه عامداً يستأنف بالاتفاق، وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقاً لأن العمد والنسيان في

قوله: **(والشرط الثاني من ضرورة الأول، إلى قوله: فينعدم المشروط)** أقول: كون الثاني من ضرورة الأول لا يقتضي أن لا يوجد الثاني بدونه كما في اللازم العام قوله: **(ويجب الاستئناف لأنه إن عجز عن الإتيان به إلخ)** أقول: وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطي الكفارة فينتفي المشروط أيضاً قوله: **(لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه إلخ)** أقول: إن أراد اتحادهما ذاتاً فليس كذلك لعموم الإخلاء، وإن أراد الاستلزام فلا يفيده. وعندي أن الإخلاء من ضرورة التقديم وإن المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس، ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحاً، فالذي وقع في خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه.ولم يوجد الشرط، وإذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة إلى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل قوله: **(وترك العود إلى الكفارة)** أقول: قوله إلى الكفارة متعلق بقوله ترك العود قوله: **(والجواب عن قوله إنه، إلى قوله: فلا يتعدى إلى قطع التتابع)** أقول: لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع إذا وطىء غير المظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل كيفما كان، وقد صرح بخلافه آنفاً لأن هذا الكلام وارد سنداً لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع، فلا يصح أن يقال لو صح، إذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التي يقتصر فيها النص على مورده على خلاف القياس فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

مسكيناً﴾ (ويطعم كل مسكين نصف صاع من برّ أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر: «ولكل مسكين نصف صاع من برّ» ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم

قيمته نصف صاع بُرّ أو صاعاً من البر أو أقل من نصف صاع برّ عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز، فلو كان التمر صاعاً دفعه عن نصف صاع بر جاز، وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل، ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم. لا يقال: لو كسا عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوباً واحداً عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الإطعام مع أن كلاً منهما منصوص عليه. قلنا: المنصوص عليه الكسوة لا الثوب، غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب، فلما لم يصب كلاً ثوباً لم يكن فاعلاً لهذه الخصلة المنصوصة: أعني الكسوة أصلاً لا أنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر، إذ لا كسوة إلا بثبوت يصير به مكتسياً فيكون فاعلاً غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص قوله: (في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر، والحديث غريب عنهما[1]. وعند الطبراني في حديث أوس بن الصلت قال: «فأطعم ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، قال: لا أملك ذلك إلا أن تعينني، فأعانه النبي ﷺ بخمسة عشر صاعاً، وأعانه الناس حتى بلغ»[2] انتهى. ومقتضاه أنه كان برّاً لأن التمر والشعير يجزي منه صاع. وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال ﷺ «فإني سأعينه بعرق من تمر، قالت امرأته: يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر، قال: أحسنت[3]» قال فيه: والعرق ستون صاعاً. وأخرج عنه أيضاً الحديث بهذا الإسناد إلا أنه قال: والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعاً، وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها أيضاً بعرق آخر في الكفارة.

وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً[4]، وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمراً أو براً، والله تعالى أعلم. وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال «فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً، قال: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاماً، قال: فانطلق إلى صاحب صدقة

الأعداد المنصوصة مطلقاً، وأما في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدر مما قدره الشرع. وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعاً من تمر أو شعير لا يجوز، إذ الأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه وإن كان في القيمة أكثر لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص

قوله: (أي من غير الأعداد) أقول: مراده المعدودات قوله: (فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدراً) أقول: وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجيء نظيره قوله: (تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول: قوله لا يجوز: يعني لا يجوز في الأعداد المنصوصة قوله: (لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وإنما لا اعتبار له في غيره) أقول: ضمير له راجع إلى المعنى، وضمير غيره راجع إلى المنصوص قوله: (وأما إذا اختلف الجنس، إلى قوله: لم يجز الخ) أقول: وأما إذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤٧: حديث غريب وقال ابن حجر ٢/ ٧٦: لم أقف عليه.

(٢) حسن. أخرجه ابن مردويه من طريقين عن أنس وابن عباس كما في الدر المنثور ٦/ ١٨٠.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٤٧: رواه الطبراني في «معجمه» وكذا ذكره ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٦ فالظاهر أن للحديث عدة طرق فهو حسن في الجملة والله أعلم.

(٣) تقدم تخريجه في ١/ ٢٤٧ باب الظهار.

(٤) أثر أبي سلمة بن عبد الرحمن أخرجه أبو داود ٢٢١٦ عنه.

besturdubooks.wordpress.com

لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر، وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة **(فإن أعطى منا من برّ ومنوين من تمر أو شعير جاز)** لحصول المقصود إذ الجنس متحد **(وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه)** لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه **(فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيرا)** وقال الشافعي: لا يجزئه إلا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة. ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك كما

بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها[1]» الحديث أخرجه أحمد وأبو داود. ويكفي ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البرّ نصف صاع، إذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة قوله: **(لأن الجنس متحد)** وهو جنس هذه الكفارة وهو الإطعام، بخلاف الكسوة مع الإطعام، وبخلاف إعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول: أبي حنيفة، فإن الجنس وإن كان متحداً لكن امتنع الإجزاء فيه لمانع آخر وهو أن المأمور به إعتاق رقبة ونصفاً رقبتين ليسا رقبة، بخلاف الأضحية فإن الاشتراك فيها لا يمنع الأضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعاً قوله: **(فإن غدّاهم وعشاهم جاز)** لأن المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم إن كان خبز برّ في سائر الكفارات ككفارة الظهار والإفطار واليمين

عليه، وإنما الإعتبار له في غيره. وقوله: **(في حديث أوس بن الصامت)** هو أخو عبادة بن الصامت، وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة، وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم. وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لأن المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط، وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي، وما ذكره المصنف موافق لما أورده الإمام المستغفري في معرفة الصحابة قال: سهيل بن صخر الليثي. وقوله: **(فيعتبر بصدقة الفطر)** يعني في المقدار، ولكن بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطي فقيراً منا من حنطة ومنا آخر فقيراً آخر لا يجوز، لأن الواجب إطعام ستين مسكيناً فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين، وأما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتاً عنه فيكون التفريق جائزاً. وقوله: **(أو قيمة ذلك)** ظاهر. وقوله: **(لحصول المقصود إذ الجنس متحد)** يعني من حيث الإطعام وسد الجوعة لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر، وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالإطعام، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما تجوز دون الآخر. واستشكل بما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق. وأجيب بأنه إنما لا يجوز لأن نصف الرقبتين ليس برقبه كاملة، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها، وقوله: **(وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره)** ظاهر وقوله: **(فإن غداهم وعشاهم)** بكلمة الواو لا بأو لأن التغذية وحدها أو التعشية وحدها لا تجزي. قال في

أداء القيمة قال المصنف: **(وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه)** أقول: قال العلامة الزيلعي: ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لأنه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك. وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضاً لأنه أدناهما ضرراً اهـ. وبهذا تبين أن تعليل المصنف للمسألة بقوله لأنه استقراض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية، والأولى أن يعلل بقوله لأنه طلب التمليك منه معنى، والفقير قابض له أو لا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف: **(وفي الإباحة ذلك كما في التمليك)** أقول: كان الظاهر أن يقول وذلك هو الإباحة

---

(١) حسن. أخرجه داود ٢٢١٣ والترمذي ١٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٦٢ وأحمد ٤/ ٣٧ كلهم من حديث سلمة بن صخر وليس في الترمذي لفظ: «والذي بعثك بالحق بتنا وحشين...... إلى نهاية الحديث.

وقال الترمذي: حديث حسن اهـ.

وقال البخاري: سليمان بن يسار لم يسمع عندي من سلمة بن صخر وقال البخاري أيضاً: هو مرسل، سليمان بن يسار لم يدرك سلمة بن صخر قاله المنذري.

ومع ذلك سليمان بن يسار تابعي كبير فهو ثقة ومن المحتمل أنه سمعه عن بعض الصحابة، والحديث حسن في الجملة لكثرة الروايات في هذا الباب.

besturdubooks.wordpress.com

في التمليك، أما الواجب في الزكاة الإيتاء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة **(ولو كان فيمن عشاهم صبيّ فطيم لا يجزئه)** لأنه لا يستوفى كاملاً، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وفي خبز

وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين، فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز، والمعتبر الإشباع. عن أبي حنيفة في كفارة اليمين: لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع، فإن كان أحدهم شبعان اختلفوا، قال بعضهم: يجوز لأنه وجد إطعام عشرة وقد شبعوا، وقال بعضهم: لا يجوز لأن المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة قوله: **(وهو حقيقة في التمكين من الطعم)** الطعم بالضم الطعام. لا يقال: الاتفاق على جواز التمليك، فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الإطعام مشتركاً معمماً أو في حقيقته ومجازه. لأنا نقول: بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأفيف، كذا هذا، فلما نص على دفع حاجة الأكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الأكل أجوز فإنه حينئذ دافع لحاجة الأكل وغيره قوله: **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه)** وقال مالك والشافعي: وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه، وهو قول: أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً، وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بأن المقصود سدّ خلة المحتاج إلى آخر ما ذكر مبطلاً لمقتضى النص فلا يجوز، وأصحابنا أشد موافقة لهذا الأصل ولذا قالوا: في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما إذا ملك مسكيناً واحداً وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز، لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة، كما إذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب

المبسوط: المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان، إما الغداء والعشاء، وإما غداءان أو عشاءان لكل مسكين، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء. وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا غدّى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز. وقوله: **(قليلاً أكلوا أو كثيراً)** يعني أن المعتبر هو الشبع لا المقدار. وإن كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال بجوازه لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا، ومنهم من قال لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع الستين وهو ما أشبعهم. وقوله: **(وقال الشافعي)** متصل بقوله فإن غدّاهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة إلا التمليك قياساً على الزكاة وصدقة الفطر **(وهذا)** أي عدم جواز الإباحة **(لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب مناب الإباحة. ولنا أن النصوص عليه هو الإطعام، وهو حقيقة في التمكين من الطعم)** لأنه جعل الغير طاعماً **(وفي إباحة ذلك)** أي التمكين **(كما في التمليك)** فيتأدى الواجب بكل واحد منهما، أما بالتمكين فلمراعاة عين النص، وأما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لأنه إذا ملك منه فإنه أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى فلذلك يقام التملك مقام المنصوص عليه، أما الواجب في الزكاة فهو الإيتاء لقوله تعالى **﴿وآتوا الزكاة﴾** وفي صدقة الفطر الأداء لقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عمن تمونون» وهما للتمليك حقيقة. وقوله: **(ولو كان فيمن عشاهم صبي)** ظاهر. وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه: يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لأحد في عدم جوازه، وأما إذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم: لا يجوز لأن المقصود سدّ الخلة. ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني، وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه، بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في

فيستلزمه التمليك قال المصنف: **(ولو كان فيمن عشاهم إلخ)** أقول: مسألة كتاب الأيمان ذكرها بسبيل التفريع وإن لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري، لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيماً لأن العشاء وحده لا يعتبر، كذا في شرح الإتقاني قال المصنف: **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه)** أقول: إختار في الأولى لفظ الإطعام وفي الثانية لفظ الإعطاء ليعلم حال التمليك في الأولى والإباحة في الثانية بطريق الأولى قال المصنف: **(والحاجة تتجدد في كل يوم)** أقول: يفهم منه تعليل المسألة الثانية قوله: **(وقوله وهذا إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه)** أقول: الأظهر جعله إشارة إلى مجموع ما ذكر من المسألتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف: **(فقد قيل لا يجزئه)** أقول: وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية، وإليه يشير قول المصنف وإن أعطاه في يوم واحد، لأن الإعطاء هو التمليك، وفي التلويح ما يخالف ذلك

besturdubooks.wordpress.com

الحنطة لا يشترط الإدام **(وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه)** لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره، وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات، فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجزئه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة، لأن التفريق واجب بالنص **(وإن**

عن رمية واحدة مع أن تفريق الدفع غير مصرح به، وإنما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين، فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم، وغاية ما يعطيه كلامهم أن بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكماً فكان تعدداً حكماً، وتمامه موقوف على أن ستين مسكيناً مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكماً، ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب. فإن قلت: المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازاً ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو؟ قلت: هو الحاجة بكون ستين مسكيناً مجازاً عن ستين حاجة، وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء قوله: **(وهذا)** أي عدم الإجزاء المدلول عليه بقوله: لم يجزه إلا عن يومه يعني إذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف، لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان إطعام الطاعم. أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فيه، قيل: لا يجوز أيضاً إلا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لأن المجوز سدّ الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف إليه بعده في يومه إطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان إطعاماً حقيقة، وكالدفع إلى الغني بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لأن المدفوع كالهالك بالنسبة إليهما: فإن قيل: لو كسا مسكيناً واحداً عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم. قلنا: تجدد الحاجة إلى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس، ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة

هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأتمّ من هذا **(وقد قيل يجزيه لأن الحاجة إلى التمليك كثيرة تتجدد في يوم واحد)** فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الأيام، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام فإنه إذا استوفى حاجته في يوم تنتهي حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام، و**(بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص)** وهو قوله **﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾** ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً فلا يجوز كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة. قوله: **(وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام)** واضح. وقوله: **(والمنع لمعنى في غيره)** يعني توهم القدرة على الإعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه

لكن لا تعويل عليه قال المصنف: **(لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد)** أقول: قال ابن الهمام: وربما يشعر إقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره، إلا أن الأول أحوط، ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام أعتبر ذاته من حيث هو تمليك، بل يجب إعتباره من حيث هو إطعام، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء اهـ. ولك أن تقول: اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني عما قدمه تأمل قال المصنف: **(لأن التفريق واجب بالنص)** أقول: ولك أن تقول العدد أيضاً منصوص عليه، فينبغي أن لا يجوز إطعام مسكين واحد ستين يوماً. ويمكن أن يجاب بأن نسبة أمر إلى مشتق تفيد عليه المآخذ فيعلم أن المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكماً فليتأمل قال المصنف: **(إلا أنه يمنع من المسيس قبله)** أقول: فيه بحث. قال المصنف: **(وقال محمد، يجزئه عنهما)** أقول: قال الإتقاني: وعندي قول محمد أقوى، وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف: **(ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو)** أقول: لا نسلم ذلك، فإذا من وجب عليه كفارتا ظهار فأعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجيء بعد أسطر قال المصنف: **(والمؤدي يصلح كفارة واحدة)** أقول: فيجب القول به نظراً للفقراء، ولكن يخرج عن العهدة بيقين قوله: **(وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن كل ظهار وجب إلخ)** أقول: الظاهر أن المضاف مقدر: أي كل كفارة ظهار قوله: **(وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد)** أقول: فيه بحث: فإن لك أن تقول إنهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين، نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهرين فتأمل قوله: **(فأما إطعام ستين مسكيناً**

besturdubooks.wordpress.com

قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس، إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس، والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه **(وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من برّ لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يجزئه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما)** له أن بالمؤدي وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرّق في الدفع، ولهما أن النية في الجنس

إليه فأقيم مضي الزمان مقامها لأنها به تتجدد، وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها. وقيل: يجزيه لأن التمليك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تمليك، والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولاً هالكاً بالنسبة إلى المدفوع ثانياً كما هو هالك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة إذ الحال قيامها، وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين: على توجيه هذا القول: باختياره إلا أن الأول أحوط. ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام، لأنه لما أقيم مقام الشيء أعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء، وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالإطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه قوله: **(وإن قرب التي إلخ)** الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس، فإن قربها في خلاله لم يستأنف، لأنه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس، ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وإن كان في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس. بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه، فلو جوّز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضي إلى الممتنع ممتنع. وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم، وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب، فالأولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص، ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره قوله: **(لمعنى في غيره)** هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالإطعام بتخلل الوطء قوله: **(عن ظهارين)** سواء كانا من امرأة أو امرأتين قوله: **(له إلخ)** حاصل الوجه أنه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع، وذلك لأن المقتضي للإجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزي عن كفارتين إلى المحل مقروناً بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الإجزاء. والجواب منع وجود المقتضي، وإنما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لأنها إنما أعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس، فلا يحتاج إليها في الجنس الواحد لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان،

كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة. قال: **(وإذا أطعم عن ظهارين)** وإذا أطعم المظاهر عن ظهارين **(ستين مسكيناً صاعاً من برّ لم يجزه إلا عن واحدة منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجزيه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما)** اتفاقاً **(له أن بالمؤدى وفاء بهما)** إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برّ ففي الصاع وفاء بهما لا محالة **(والمصروف إليه محل لهما)** لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفاً لبقاء الخلة والنية معينة **(فيقع عنهما كما لو اختلف السبب)** يعني أطعم ذلك عن إفطار وظهار **(أو فرق في الدفع. ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو)** لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية **(وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير، والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها، كما إذا نوى أصل الكفارة)** فإنه يقع عن

(إلخ) أقول: فيه بحث، فإنه لم لا يكفي التفرق الحكمي بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمي فيما إذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة، وإذا لغت النية والمؤدّي يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما إذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فرّق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر **(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جاز)** لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة **(وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما)** وقال زفر: لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين. وقال الشافعي: له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لأن

بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين. وقد يقال: اعتبارها للحاجة إلى التمييز وهو محتاج إليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الأجناس، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التي عينها، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لا يجزيه، ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب، فهنا أيضاً يجب أن لا يلغو لثوب الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلها معاً. أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين، فإن محلها في الإطعام مائة وعشرون مسكيناً، بخلاف صورة الإعتاق، وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجوب المقتضي وادعاء المانع، وهو رجوع وانقطاع عن طريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد. ثم قد يقال: عليه أن اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة إلى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة إليها فما دفع إلا مع قيام الحاجة بالنسبة إلى كفارة أخرى قوله: **(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما)** هذا إذا كانت الرقبة مؤمنة، فإن كانت كافرة صح عن الظهار لأن الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار قوله: **(في الفصلين)** هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه قوله: **(لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود)** وهو الستر وإذهاب أثر تلك الجناية **(جنس واحد)** ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الأخرى قوله: **(لخروج الأمر من يده)** فإنه وقع نفلاً إذ لا يصح إعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده إمكان أن يجعله عن إحداهما لأنه بعدما وقع على وجه لا ينقلب إلى غيره قوله: **(فتلغو)** وإذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الإبتداء قوله: **(واختلاف الجنس إلخ)** لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد، فما اختلف سببه فهو المختلف، وما لا فالمتحد، والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين: أعني الوقتين حقيقة وحكماً. أما الحقيقة فظاهر، وكذا حكماً لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل بالدلوك وهو من يوم غيره من يوم آخر، بخلاف صوم رمضان لأنه معلق بشهود الشهر وهو

إحداهما بالاتفاق **(بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر)** وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما. والثاني أنه لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وإن كان الجنس واحداً ولهذا حل وطء التي عينها. وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد، وعن الثاني بأن إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدراً ومحلاً فصحت نيته. فأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً. فإن صلح عن الظهارين قدراً لم يصلح لهما محلاً لأن محلهما مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفريق، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطاً كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كل واحد صاعاً. وقوله: **(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار)** ظاهر. وقوله: **(كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء)** جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لخروج الأمر من يده **(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما. وقال زفر: لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين)** يعني في متحد الجنس ومختلفه **(وقال الشافعي: له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين لأن الكفارات باعتبار اتحاد المقصود)** وهو الستر **(جنس واحد)** والنية في الجنس الواحد غير مفيد فبقي نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا **(ووجه قول زفر أنه أعتق عن**

bestudybooks.wordpress.com

الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد. وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده، ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو، وفي الجنس المختلف مفيدة، واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب، نظير الأول إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد. ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز، والله أعلم.

واحد جامع للأيام كلها بلياليها، فكل يوم وإن كان سبباً لصومه فكذا شهود الشهر، فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان: شهود الشهر، وخصوص اليوم. فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلاً أو يوم الأحد، وشرط في الصلوات فإن تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه إن لم يكن ساقط الترتيب، وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة، وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عما عليّ من الرمضان الأول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقاً لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما. ولو نوى ظهراً وعصراً أو ظهراً وصلاة الجنازة لم يكن شارعاً في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان، بخلاف ما لو نوى ظهراً ونفلاً حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحاً بالأقوى، ولا يصير شارعاً عند محمد أصلاً للتنافي، ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعاً عند محمد لأن النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل، وعند أبي يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلغت فبقي نية القضاء. ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقاً عند أبي يوسف لما ذكرنا، وعند محمد لأنه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام، والله أعلم. ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحساناً، وفي القياس يكون تطوعاً، وهو قول محمد: لتدافع النيتين، فصار كأنه صام مطلقاً. وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء. وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل في أصله، وقدمنا هذا في كتاب الصوم، وذكرنا إلزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع إليه فليكن هذا رواية عنه فيه. هذا ومما يعكر على الأصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى: أو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحساناً، والله الموفق.

كل ظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما لخروج الأمر من يده. ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغواً، وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينوعنها، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء فكذلك ههنا، بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما. فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس. فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد. أجاب بقوله **(واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب)** فإن القتل يخالف الظهار لا محالة، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، ولما اختلف الجنس صحت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز، ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال **(نظير الأول)** يعني الجنس المتحد **(إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد)** بناء على ما ذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد **(ونظير الثاني)** يعني الجنس المختلف **(إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز)** فإن نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائماً إذ الجنس مختلف. واعترض على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فإن الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه وإلا لا يقع عن واحد منهما. وأجيب بأنا لا نسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب، فإن لكل منهما سبباً وخطاباً على حدة، بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطاب ـ فليصمه ـ من أول الشهر إلخ.

besturdubooks.wordpress.com

باب اللعان

قال: **(إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)** والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد

باب اللعان

هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي، والقياس الملاعنة، وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد، يقال منه التعن: أي لعن نفسه، ولاعن إذا فاعل غيره، ومنه رجل لعنة بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره، وبسكونها إذا لعنه الناس كثيراً. قال:

والضيف أكرمه فإن مبيته حق ولا تك لعنة للنزل

وفي الفقه: هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة، سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب، وهو أيضاً موجود فيه لأنه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح. وشرطه قيام النكاح وما سيذكر. وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الأجنبية. وركنه ذلك المفهوم. وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي، وأهله من كان أهلاً للشهادة. قوله: **(إذا قذف الرجل امرأته بالزنا)** بأن يقول: أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية، هذا مذهب الجمهور، وفي المشهور عن مالك: لا يجب بقوله: يا زانية بل يجب فيه الحدّ، وهو قول: الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد. واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق قوله: **(وهما من أهل الشهادة)** أي من أهل أدائها على المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين، ولا إذا كان أحدهما مملوكاً أو صبياً أو مجنوناً أو محدوداً في قذف. وأورد أنه يجري بين الأعميين والفاسقين مع أنه لا أداء لهما. ودفع بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه، وهنا هو يقدر على أن يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلاً لهذه الشهادة دون غيرها. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الأعمى لا يلاعن قوله: **(ممن يحدّ قاذفها)** فلو كانت لا يحدّ قاذفها بأن تزوّجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطءاً حراماً بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان. وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضاً حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان أيضاً وإن كانت هي ممن يحد قاذفها. وأجاب في النهاية بأن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصانها حتى يقع مقام حد القذف،

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار. واللعان في اللغة: الطرد والإبعاد، يقال لاعنه ملاعنة ولعاناً، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضاً لأن اللعان من جانب الرجل وهو مقدم، وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، وسببه قذف الرجل إمرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبية، وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما. وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين. وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان. قال: **(وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة)** أي من أهل أدائها ولهذا لا يجري بين المملوكين **(والمرأة ممن يحد قاذفها)** حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما **(أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)** فإن قيل اللعان يجري بين الأعميين

باب اللعان

قوله: **(ثم لقب الباب باللعان إلخ)** أقول: تسمية للكل باسم جزئه قوله: **(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان)** أقول: وفي الكفاية لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقاً بائناً يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد

besturdubooks.wordpress.com

القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى: ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ والاستثناء إنما يكون من الجنس، وقال الله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة

وعند عدم إحصانها قذفها لا يكون موجباً شيئاً لاحد القذف ولا اللعان، أما قذف الرجل عند عدم إحصانه فموجب ما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه إذ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان. قال في شرح الكنز: هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة، وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لأن اللعان يجري بين الفاسقين، وإنما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقذوف عفيفاً عن الزنا، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلأي معنى يمتنع ا هـ. الحاصل أن المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه قوله: (والأصل) أي إن الأصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما، واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان. فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة، وأنه قام مقام حد القذف في حقه: أي قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها إن كان صادقاً قوله: (عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف. فعند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات، وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلاً لليمين وهو من يملك الطلاق، فكل من يملكه فهو أهل له عنده، فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافراً أو عبداً، وعن مالك وأحمد رواية كقولنا: وجه قوله قوله تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦] فقوله: تعالى ﴿بالله﴾ محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين، ألا ترى أنه لو قال: أشهد ينوي اليمين كان يميناً، فحملنا المحتمل على المحكم، لأن حمله عل حقيقته متعذر لأن المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الإنسان لنفسه بخلاف يمينه، وكذا المعهود شرعاً

والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطاً في جانب الرجل أيضاً حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وإن كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الأول بأنهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز، كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان. وعن الثاني بأنه إنما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم، فإنها إذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حدّ ولا لعان لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي إحصانها، بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحدّ قاذفه وقذف فإنه يحدّ حدّ القذف، فلم يخل القذف عن إيجاب حكم. وقوله: (والأصل) اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الأجنبية لعموم قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال «كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال: يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً، فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت

النكاح اهـ. قوله: (وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطاً في جانب الرجل أيضاً) أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط، لأن اللعان يجري بين الفاسقين، وإنما اشترط ذلك فيها ليثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقذوف عفيفاً عن الزنا، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلأي معنى يمنع اهـ. قال العلامة الإمام كمال الدين بن الهمام: والحاصل أن المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة، بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ. قوله: (لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز إلخ) أقول: وكذا المحدود في القذف.

besturdubooks.wordpress.com

المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً وهو قائم مقام حدّ القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم

عدم تكرر الشهادة في موضع بخلاف اليمين فإنه معهود في القسامة، ولأن الشهاد محلها الإثباتات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر، فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا: من الموجبين المذكورين، وهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة. ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان، وقوله تعالى ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ [النور: ٦] أثبت أنهم شهداء لأن الاستثناء من النفي إثبات، وجعل الشهداء مجازاً عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون إلا أنفسهم، وهو غير مستقيم لأنه يفيد أنه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم، وهذا فرع تصوّر حلف الإنسان لغيره وهو لا وجود له أصلاً، فلو كان معنى اليمين حقيقياً للفظ الشهادة كان هذا صارفاً عنه إلى مجازه فكيف وهو مجازي لها، ولو لم يكن هذا كان إمكان العمل بالحقيقة موجباً لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفاً مما ذكر غير لازم قوله: قبول الشهادة لنفسه وتكرر الأداء لا عهد بهما. قلنا: وكل من الحلف لغيره والحلف لإيجاب الحكم لا عهد به، بل اليمين لدفع الحكم، فإن جاز لمن له ولاية الإيجاد والإعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الأمرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضاً شرعية ذلك ابتداء، ثم هما أقرب في القول: لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعاً بدلاً عما عجز عنه من إقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت. قال الله تعالى ﴿شهد الله أنه لا إله إلا هو﴾ [آل عمران: ١٨] فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين وإلزام اللعنة والغضب إن كان كاذباً مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين، إذ موجب شهادة كل واحد إقامة الحد على الآخر، وليس ذلك بثابت هنا، بل الثابت عندهما ما هو الثابت بالأيمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر، وإنما قلنا: عندهما ولم نقل بهما لأن هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما. وأما قوله: اليمين للنفي إلى آخره فمحله ما إذا وقعت في إنكار دعوى مدع وإلا فقد يحلف على إخبار بأمر نفي أو إثبات، وهنا كذلك فإنها على صدقه في الشهادة. والحق أنها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما إذا جمع أيماناً على أمر واحد يخبر به فإن هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة، إذ لو اختلف متعلقهما لم يكن

سكت على غيظ، ثم قال: اللهم افتح، فنزلت آية اللعان» ولأنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك ابن سحماء: «أنت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك» فقال الصحابة: الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان، فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن يكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لأن الله تعالى قال ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ ووجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء. والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس، ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفياً للتهمة، وقال الله تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ نص على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذباً تأكيداً وهو قائم في حقه مقام حدّ القذف وفي جانبها بالغضب لأنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيراً على ما ورد في الحديث «إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير» وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الإقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعاً لهن عن الإقدام. فإن قيل: ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحدّ والشهادة؟ أجيب بأن الحدّ زاجر، والاستشهاد بالله كاذباً مقروناً باللعن على نفسه سبب الهلاك، وفي ذلك

قوله: (سبب الهلاك) أقول: وكذا في جانبها قوله: (أجيب بأن اللعان قائم، إلى قوله، فلا يرد عليه الأجنبيات) أقول: فيه بحث، إذ الظاهر أن حكم نسائه في الابتداء كان حكم الأجنبيات فيتوجه السؤال ويجيء بعد ثلاثة أسطر.

besturdubooks.wordpress.com

مقام حد الزنا، إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصانها، ويجب بنفي الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً ولا يعتبر احتمال أن يكون الوالد من غيره بالوطء من شبهة، كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، وهذا لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق

أحدهما مؤكداً للآخر، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها قوله: **(قائمة مقام حد القذف في حقه)** أي بالنسبة إلى كل زوجة على حدة لا مطلقاً: ألا يرى أنه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن، بل لا بد من أن يلاعن كلاً منهن على حدة، ولو كن أجنبيات فقذفهن حدّ واحداً لهن. وسبب هذا الافتراق أن المقصود يحصل في إقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن، ولا يحصل ذلك في اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة، ويتعذر اجتماع الكل في كلمة قوله: **(ويجب بنفي الولد)** هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره، ويجب إرادة هذا الإطلاق، فقوله في الغاية: أو نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد، لأنه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفاً لها كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز قوله: **(ولا يعتبر احتمال إلخ)** جواب عن مقدر تقديره إن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا. أجاب بأنه احتمال لا يعتبر لأن النسب وإن كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع بانتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم. فإذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفياً لثبوت نسبه مطلقاً ويستلزم كونه من زنا فكان قذفاً ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد، وإنما بقي فيه احتمال كونه في نفس الأمر عن غير زنا ولا عبرة به، فإن هذا الاحتمال قائم بعينه فيما إذا صرح بنسبة أمه إلى الزنا به، ثم شبهه بما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف: يعني فإنه يكون قذفاً موجباً للحد وإن كان ذلك الاحتمال قائماً فيه وهذا مصرح، بخلاف ما في المحيط من أنه إذا نفى الولد فقال: ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً لذلك الاحتمال. وفي «النهاية» و «الدراية» جعلا هذا قول الشافعي، ثم قال: وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد الذي ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفاً ما لم يقل إنه من الزنا. قال: والقياس ما قاله الشافعي إلا أنا

زجر عن الإقدام على سببه. فإن قيل: لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف يجري كجريانه في الاتحاد والتعدد، وليس كذلك فإن من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حدّ القذف لهن مرة واحدة. أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقاً لأنه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الأجنبيات، على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود، فإن المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل بإقامة حد واحد، وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان، فقد يكون صادقاً في حق بعض دون بعض، والمقصود التفريق بينه وبينهن، ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلاً منهن على حدة، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لهن حد واحد لأن موجب قذفهن الحد حينئذ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات، وإنما قيد بقوله عندنا لأن عند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة، فمن كان أهلاً لليمين كان أهلاً للعان. قال: **(إذا ثبت هذا نقول)** يعني إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان نقول **(لا بد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة، ولا بد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الإحصان، ويجب بنفي الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفاً لها)** كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف فإنه يكون قذفاً للمرأة فكذلك هذا **(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به)** وقال الشافعي: لا يصير بنفي

قوله: (فإنه لا يصير قاذفاً) أقول: مخالف لما مر آنفاً.

besturdubooks.wordpress.com

به، ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق **(فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه)** لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

تركناه لضرورة في اللعان لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه، إما لأنه لم يقربها أو عزل عنها عزلاً بيناً ولا يدري من أين هو: يعني فيحتاج إلى نفيه لأنه لا يستلحق من ليس منه يقيناً ولا يتمكن منه إلا باللعان، وثبوته فرع اعتباره قاذفاً فاعتبر كذلك لهذه الضرورة، وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره. وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية؛ والعجب من صاحب الدراية حيث قال: في تقريره قوله في الكتاب: ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد إلخ، لأنه يصير قاذفاً بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال، كما في نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، ونقله من الإيضاح والمبسوط، ثم نقل قول الشافعي: كما في النهاية. ثم أورد صورة الأجنبية مقيساً له عليه. فقال: كما لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لأجنبية: وبين قوله لزوجته، وهو تناقض ظاهر ومخالفاً لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالإيضاح والمبسوط وغيرهما، وما في كتاب الحدود فإنه قال: ومن نفى نسب غيره فقال: لست لأبيك فإنه يحد، قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال: وجدت معها رجلاً يجامعها ليس بقذف لها لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته. أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها. قلت: وعلى ما هو الحق فالجواب أن الجماع لا يستلزم الزنا، بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه قوله: **(ويشترط طلبها)** وبه قالت الأئمة الثلاثة: لأنه أي اللعان حقها لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها، بخلاف ما إذا كان القذف بنفي الولد، فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه **(فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه)** فيحدّ. وعند الشافعي: إذا امتنع حده حد القذف، وكذا إذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا، وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب، لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه. والأوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط. وفي بعض النسخ: فيرتفع الشين، وهذا إذا اعترف بالقذف، فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان. وفي الجامع: لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما، وفي بعض نسخ القدوري: أو تصدقه فتحدّ وهو غلط، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصداً بالذات

الولد قاذفاً لها ما لم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فإنه لا يصير قاذفاً ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق. قال شيخ الإسلام: والقياس ما قاله، إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها أو عزل عنها عزلاً بيناً ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي **(ويشترط طلبها)** بموجب القذف **(لأنه حقها)** لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها **(فلا بد من طلبها كسائر الحقوق، فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب)** وفي نسخة: ليرتفع الشين، ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب: أي سبب اللعان: أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك. وأما النسخة الأخرى فقيل أنها معتبرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يتقرر، ألا ترى أنه يجب عليه الحدّ بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب، ومن الناس من قال: أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط اللعان: قيل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المديون المفلس، فإن الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس **(ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص)** وهو قوله

besturdubooks.wordpress.com

(ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعي **(فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه)** لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه **(وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو**

فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد، ولو صدقته في نفي الولد فلا حدّ ولا لعان وهو ولدهما، لأن النسب إنما ينقطع حكماً للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله. وجه قول الشافعي: أن الواجب بالقذف مطلقاً الحد بعموم قوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾** [النور: ٤] إلا أنه يتمكن من دفعه فيما إذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفاً عليه، فإذا لم يدفعه به يحد، ومثله في المرأة إذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه، فإذا امتنعت حدت بالزنا، ويشير إليه قوله تعالى **﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾** [النور: ٨] قلنا قوله تعالى **﴿والذين يرمون أزواجهم﴾** إلى قوله تعالى **﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾** [النور: ٦] أي فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيراً فأفاد أن الواجب في قذف النساء اللعان، فإما أن يكون ناسخاً أو مخصصاً لعموم ذلك العامّ للإجماع على أنه ليس بمنسوخ، وعلى التقديرين يلزم كون الثابت في قذف الزوجات إنما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن إيفائه بل تحبس لإيفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن إيفائه لا يعاقب ليوفيه. والثابت عندنا أنه بطريق النسخ لأنه لم يقارن العام وهو مخصص أول، وللعلم بتأخره على ما رووا أنه ﷺ قال للذي قذف امرأته «ائت بأربعة شهداء وإلا فحدّ على ظهرك»[1] فنزلت آية اللعان، ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحدّ لجواز كونه الحبس. وإذا قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه. قيل: والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وإن كان عبداً فاسقاً. وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لإيجاب المال ولا لإسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحدّ عن نفسه وأوجب به الرجم الذي هو أغلظ الحدود على المرأة. فإن قال: إنما وجب عليها لنكولها بامتناعها عن اللعان. قلنا: هو أيضاً من ذلك العجب، فإن كون النكول إقراراً فيه شبهة، والحدّ مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الإقرار مرة، ثم إن عنده هذه الشبهة أثرت في منع إيجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب إثباتاً وأكثر شروطاً. وفي كافي الحاكم: إذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحدّ هي، وإن كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج قوله: **(أو كافراً)** صورته ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه قوله: **(فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾** [النور: ٤] يعني الحد، ولا تحرير في هذا الكلام إلا أن يكون الموجب الأصلي هو الحدّ في حق العموم، وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعي. وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في

تعالى **﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾** وقوله: **(إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعي)** بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال إلا أنه يبتدأ به. وقوله: **(فإن امتنعت)** ظاهر **(وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً)** بأن كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام **(أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته)** لأنه ليس من أهل الشهادة **(فيصار إلى الموجب الأصلي)** وهو حد القذف **(الثابت بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية)** فإنه كان هو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٤٧ والترمذي ٣١٧٩ وابن ماجة ٢٠٦٧ كلهم من حديث ابن عباس.
وكذا النسائي ٦/ ١٧٢ وأبو داود ٢٢٥٤.

besturdubooks.wordpress.com

محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى: **﴿والذين يرمون المحصنات﴾** الآية، واللعان خلف عنه **(وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها)** بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية **(فلا حدّ عليه ولا لعان)** لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: اليهودية والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك» ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحدّ لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس

قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير إليه فيهن لأنه مصير إلى غير حكمه، والدليل ينفيه. والحق في التقرير أن يقال: النص إنما نسخ حكم الحدّ في حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لا في كل زوج لأن لفظة الناسخ **﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم﴾** [النور: ٦] تفيد ذلك فيبقى العام موجباً حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلاً فيعمل بمقتضاه قوله: **(وإن كان)** أي الزوج **(من أهل الشهادة)** وهي ليست من أهلها أو من أهلها إلا أنها لا يحد قاذفها بأن تكون قد زنت في عمرها فلا حدّ ولا لعان، وهو ظاهر فيما إذا كانت لا يحد قاذفها، أما إذا كانت ممن يحد قاذفها إلا أنها ليست من أهل الشهادة بأن تكون عفيفة محدودة في قذف، فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال أنها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه. والجواب أن الزوج لما كان أهلاً للعان بأن كان أهلاً للشهادة لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد، فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب، بخلاف ما إذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فإن حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا قوله: **(والأصل في ذلك قوله ﷺ «أربعة لا لعان بينهم»**[1]**)** أخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم: النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك»[1] وأخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب، وأخرجه بالطريق الأول أيضاً وقال وتابعه: يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضاً ضعيف. وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله: ولم يرفعاه، ثم أخرجه كذلك موقوفاً ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ فذكر نحوه وضعف رواته. وأنت علمت أن

المشروع أوّلاً ثم صار اللعان خلفاً عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط، فإذا عدمت صير إلى الأصل. وقوله: **(وإن كان)** هو **(من أهل الشهادة)** ظاهر. وقوله: **(والأصل في ذلك قوله ﷺ «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: اليهودية، والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك)** قيل: وهذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث، ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر بإسناده عن عبد الباقي إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قيل: كفى بأبي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى **(ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد)** لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة. فإن قيل: هلا اعتبر جانبها أيضاً وهي محدودة في القذف درءاً للحد؟ أجيب بأن المانع

قوله: **(قيل هذا الحديث إلخ)** أقول: القائل هو الإتقاني.

---

(١) هو الحديث الآتي.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٠٧١ والدارقطني ٣/١٦٣ و١٦٤ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال البوصيري في الزوائد: في إسناده عثمان بن عطاء ومتفق على تضعيفه اهـ.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٤٨: أخرجه البيهقي في المعرفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ وقال: وعطاء الخراساني معروف بكثرة الغلط وابنه عثمان وابن زريع ضعيفان اهـ. وقد رواه الثقات موقوفاً.

besturdubooks.wordpress.com

مـن أهلـه (وصفة اللعان أن يبتدىء القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين

الضعيف إذا تعددت طرقه كان حجة، وهذا كذلك خصوصاً وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفاً على جد عمرو ابن شعيب، على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من أنه شهادات إلى آخره قوله: (ولو كانا محدودين فعليه الحد) لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته، وكذا إذا كان هو عبداً وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجبه، بخلاف قذف المحدودة إذا كانت عفيفة، فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج، ولو قذف الكافرة أو الأمة أجنبي لا يحد فكذا الزوج، فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين. وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لأن كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له، إلا إذا كان أحدهم صغيراً أو مجنوناً. قيل: عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها، فكان ينبغي أن تراعي الجهتان، فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط، وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه بسقوط الحد. والجواب أن القذف يوجد أولا منه، وهو مقتض للعان إن كان أهلاً للشهادة، والحد إن لم يكن، وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضي لأن مفهوم المانعية يقتضي ذلك، إذ حقيقته نسبته إلى المقتضي بالمنع، ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها للعان، والحد إنما يسقط بما من جهتها تبعاً لسقوط اللعان، ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتاً فإن قذف الزوج موجب للحد قوله: (وصفة اللعان إلخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية. وفي البدائع: ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته، ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا، فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة الترتيب، ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعي، لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب إعادته وبه قال مالك: وهو الوجه لأن النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد﴾ ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا: في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة.

عن الشيء إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضي لأنه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه، وإذا لم يكن الزوج أهلاً للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللعان، فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب الحد فيحد، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذفه بطل المقتضي فلا يجب الحد لأنه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع. ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فإنه لا حدّ عليه ولا لعان، وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجبه. وأجيب بأن العبد شبهه الأهلية لأن له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءاً للحد وليس كذلك المحدود في قذف. قوله: (وصفه اللعان أن يبتدىء القاضي) صفة اللعان على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (فإذا التمنا لا تقع

قوله: (يجب عليه الحد) أقول: كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة، بخلاف قذف المحدودة في القذف فإنه لا ينافي الإحصان قوله: (لأن له شهادة بعد العتق) أقول: فعلى هذا ينبغي أن لا يحد الزوج القاذف إذا كان عبداً وهي محدودة في قذف مع أنه يحد إلا أنه كلام على السند الأخص صرح به ابن الهمام.

besturdubooks.wordpress.com

فيما رميتها به من الزنا، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والأصل فيه ما تلوناه من النص. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال. وجه ما ذكر في

[فروع] قذفها ثم طلقها بائناً سقط اللعان ولا يجب الحدّ، ولو تزوّجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود وهو قول: الأئمة الأربعة، ولو قذف أجنبية ثم تزوّجها ثم قذفها ثانياً وجب الحد بالأول واللعان بالثاني ويحدّ للأوّل ليسقط اللعان، ولو طلبت اللعان أوّلاً يلاعن ثم يحد، بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس، ولو قال: قذفتك قبل أن أتزوّجك أو زنيت قبل أن أتزوّجك فهو قذف في الحال فتلاعن، وقال مالك والشافعي: يحد. وما في خزانة الأكمل من أنه يلاعن في قوله: زنيت قبل أن أتزوّجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوّجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حدّ ولا لعان ويسقط اللعان بردتها، ولو أسلمت بعده لا يعود، ولو قذفها ثم أبانها يسقط اللعان، ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان قوله: **(لأنه أقطع للاحتمال)** أي لاحتمال أن يضمر مرجعاً للضمير الغائب غيرها، بخلاف الخطاب، وتقول هي أيضاً: إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا، والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين ويقوله له التعن: قوله: **(إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال)** يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها قوله: **(لا تقع الفرقة)** حتى لو مات أحدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر، ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنساناً فحد للقذف، أو وطئت هي وطأ حراماً أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما، بخلاف ما إذا جنّ قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجى عود الإحصان، ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم، ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثاً خطأ نفذ تفريقه عندنا، وعند زفر وبقية الأئمة لا ينفذ قوله: **(بالحديث)** يشير به إلى حديث «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[1] فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان

الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا **وقال زفر: (تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث)** يعني قوله ﷺ «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً» نفى الاجتماع بعد التلاعن،

قال المصنف: **(وتقول في الخامسة غضب الله عليها)** أقول: قال الزيلعي: وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعملن اللعن كثيراً فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اهـ. في الحديث «أنهن يكثرن اللعان ويكفرن العشير».

قوله: **(يعني قوله ﷺ «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً» نفي الاجتماع)** أقول: هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى قوله: **(وهو تنصيص إلخ)** أقول: يعني نفي الاجتماع كالتنصيص، فإن نفي الاجتماع يستلزم الافتراق قوله: **(ووجه الاستدلال، قوله: ولو قال دل عليه أيضاً كان أولى فتأمل)** أقول: فيه بحث، فإن زفر يقول: ثبت التسريح بنفس التلاعن إلا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعني لا نسلم أن ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظهار بل يستلزم فوات الإمساك بالمعروف، وإذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضاً لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف: **(دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام)** أقول: فيه بحث فإن الثابت منه ﷺ تقرير الملاعن على قوله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً قوله: **(أجيب بأن ذلك منصرف إلى رد المهر إلخ)** أقول: الذي في كتب الحديث أن قوله ﷺ «لا سبيل لك عليها» إنما هو قبل سؤاله المهر، ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف: **(لأن فعل القاضي انتسب إليه)** أقول: فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن، وسيجيء وجه في باب العنين.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٥٠ والبيهقي ٧/ ٤١٠ والدارقطني ٣/ ٢٧٥ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي في خبر طويل في المتلاعنين، وآخره قال سهل: «حضرت هذا رسول الله ﷺ، فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبداً».

وفي إسناده عياض بن عبد الفهري فيه لين كما في التقريب لكن توبع رواه البيهقي في وجه آخر عن الزهري به.

besturdubooks.wordpress.com

الكتاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال قال: (**وإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما**) وقال زفر: تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث. ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي ﷺ: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. وهي طالق ثلاثاً. قاله بعد اللعان (**وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي**

كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له، وسيأتي الكلام على هذا الحديث. وقال الشافعي رحمه الله: بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما، ولا نعلم له في ذلك دليلاً مستلزماً لوقوع الفرقة بمجرد لعانه. قيل: وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلاً لأنها ليست زوجة، والتمسك بمروي زفر إنما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما، وهذا لأن حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتتعذر إرادتها، وأقرب الأوقات إلى حقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول: وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة، وما ذكروه من المعنى وهو أنهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر، بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة، ولو كان ظاهراً لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح بإحسان، فإنه بثبوت الحرمة فات الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان، كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الأمرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه، فإذا امتنع ناب منابه لأنه نصب لدفع الظلم، ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر «أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ففرّق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه»[1] وما أخرجاه أيضاً في حديث عويمر العجلاني «لما فرغا من لعانهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»[2]. وهو الذي عنى المصنف بقوله: يدل عليه قوله ﷺ: لذلك الملاعن إلى آخره، لكن الصواب ما علمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم. قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين[3]. ورواه أبو داود وقال: فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ، وكان ما صنع عند رسول الله ﷺ سنة. قال سهل: حضرت هذا عند رسول الله ﷺ، فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً[4]. قال البيهقي: قال الشافعي: إن عويمراً حين طلقها ثلاثاً كان جاهلاً بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط، وتفريق النبي ﷺ في حديث ابن عمر[5] تفريق حكم لا لفرقة الزوج. وقول الزهري وسهل: فكانت سنة المتلاعنين: أي الفرقة. قال البيهقي: والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن أمية ولعانه قال: «وقضى رسول الله ﷺ أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها»[6] وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٧٤٨، ٥٣١٥ ومسلم ١٤٩٤ حـ ٨ وأبو داود ٢٢٥٩ والترمذي ١٢٠٣ والنسائي ٦/ ١٧٨ وابن ماجه ٢٠٦٩ ومالك ٥٦٧ حـ ٣٥ وابن حبان ٤٢٨٨ وأحمد ٢/ ٧، ٣٨، ٦٤، ٧١ والدارمي ٢١٥١ وابن الجارود ٧٥٤ كلهم من حديث ابن عمر.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٥٩ ومسلم ١٤٩٢ وأبو داود ٢٢٤٥ والنسائي ٦/ ١٤٣ والدارمي ٢١٤٩ وابن ماجه ٣٠٦٦ والبيهقي ٧/ ٣٩٨، ٣٩٩ ومالك ٥٦٦ حـ ٣٤ وأحمد ٥/ ٣٣٦، ٣٣٧ والشافعي ٢/ ٤٤ كلهم من حديث سهل بن سعد الساعدي وكذا ابن حبان ٤٢٨٤.

(٣) أخرجه أبو داود ٢٢٤٥ عن ابن شهاب الزهري عن سهل، وهو تمام للمتقدم، وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات إثبات.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٥٠ والبيهقي ٧/ ٤١٠ والدارقطني ٣/ ٢٧٥ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي وقد تقدم تخريجه قبل خمسة أحاديث.

(٥) هو المتقدم قبل حديثين.

(٦) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٢٥٦ والبيهقي ٧/ ٣٩٤ كلاهما من حديث ابن عباس في خبر طويل.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٢: رواه إسحاق بن راهويه في مسنده.
قلت: ومداره على عباد بن منصور وهو مدلس وقد عنعنه فلا يحتج بحديثه.

sturdubooks.wordpress.com

حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين **(وهو خاطب إذا أكذب نفسه)** عندهما. وقال أبو يوسف: هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام: «والمتلاعنان لا يجتمعان أبداً» نص على التأبيد. ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد

بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي ﷺ تطليقه، وقوله ﷺ «لا سبيل لك عليها»[1] إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله: «يا رسول الله مالي، قال: لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها»[2] فدل تفريقه ﷺ على وقوع الطلاق، فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق فإنه من قوله. وقد يقال: ليس هذا مما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأنا لم ندّع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا، إنما ادعينا أنه وقع لغواً فالسكوت عدم الالتفات إليه. ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع، فلو كان الواقع، وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضياً إلى المفاسد لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر، والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا، فإن دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جداً إذالفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضي أن يطلق، فإن أبى طلق هو والموت في مثلها أندر نادر. قلنا: ولو كان لا يجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعاً، وأيضاً فحديث ابن عمر فإنه قال فيه: فأنفذه رسول الله ﷺ: يعني أمضى ذلك الطلاق، وهو حجة على من قال: إن الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة، ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه رفض إمضاءه ﷺ الطلاق، وذلك إنما يكون بمفهوم اعتبار ذلك منه ﷺ قوله: **(وهو خاطب إلخ)** يعني إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطباً من الخطبة يحل له تزوّجها خلافاً لأبي يوسف، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية. ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب حد أيضاً، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حدّ عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة، ولا يجب الحد

وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن **(ولنا قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾)** ووجه الاستدلال **(أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم)** وقوله: **(دل عليه)** أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي، ولو قال دل عليه أيضاً كان أولى فتأمل. وقوله: **(قول ذلك الملاعن)** يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي ﷺ بعد اللعان: كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً، ولم ينكر عليه النبي ﷺ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله ﷺ. فإن قيل: قد أنكر عليه بقوله «اذهب فلا سبيل لك عليها» أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر، فإنه روى أنه قال: «إن كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها، وإن كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها». والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء **(ثم إذا فرّق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين)** وقوله: **(وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما)** مسئلة مبتدأة وقال أبو يوسف **هو)** أي الثابت باللعان **(تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»)** نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطباً **(ولهما أن الإكذاب)** أي الإقرار بالكذب **(رجوع عن الشهادة)** والرجوع عنها يبطل حكمها، ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطباً لأن معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين، لأنهما يكونان متلاعنين، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان، أو مجازاً باعتبار

قوله: (لأنهما يكونان متلاعنين) أقول: الأظهر أن يقول: وكونهما متلاعنين إلخ.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٩٣ ح ٥ والبخاري ٥٣١٢ ـ ٥٣٥٠ وأبو داود ٢٢٥٧ والنسائي ٦/ ١٧٧ وابن حبان ٤٢٨٧ والشافعي ٢/ ٤٩ وأحمد ٢/ ١١ والبيهقي ٧/ ٤٠١ و ٤٠٤، ٤٠٩ وابن الجارود ٧٥٣ كلهم من حديث سعيد بن جبير قال سمعت ابن عمر يقول...

(٢) هو المتقدم

besturdubooks.wordpress.com

الإكذاب فيجتمعان. (**ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه**) وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة (**ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه**) لما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام نفى

لأن قذفه وقع موجباً للعان فلا ينقلب موجباً للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حدّه حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان، ولذا يحدّ شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا، وعلى هذا لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجة ثم بانت، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية حد، وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصاً أجنبياً بعده فحدت أو قذف هو أجنبياً فحدّ أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلاً للشهادة لارتفاع السبب الذي لأجله افترق المتلاعنان، وهو على ما قالوا: أنه كي لا يتكرر اللعان بأن يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر أو بخلوّ القذف عن الموجب في الدنيا، فبخروج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبداً، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع. وبه قالت الأئمة الثلاثة. وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقاً بل فسخاً، ويلزم على قول أبي يوسف: أنه لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقاً، وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت، فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي. واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب. وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ قال «المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً»[١] وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله ﷺ، لكن قال صاحب التنقيح: إسناده جيد. ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد اللعان للمتأمل، فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه. وأخرجه الدارقطني أيضاً موقوفاً عن عليّ وابن مسعود قالا: «مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[٢]. وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[٣]. ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وابن مسعود[٤]. أجاب المصنف بقوله: ولا

بقاء حكمه، ولم يبق شيء بعد الإكذاب، أما حقيقة فظاهر، أما حكماً فلأن لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان (**ولو كان القذف بولد نفى القاضي النسب من الأب وألحقه بأمه**) وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إلخ وهو ظاهر وقوله: (**ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد**) حيث كان القذف به (**فيوفر عليه**) أي على الزوج مقصوده، فالقضاء بالتفريق يكون متضمناً لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه (**وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب**) حتى لو لم يقل ذلك لم

قوله: (**وجب عليه الحد**) أقول: يعني بكلمات اللعان كما يجيء قوله: (**فبطلت أهلية اللعان إلخ**) أقول: بطلان أهلية اللعان إنما يكون بإقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط، والأصوب طرح لفظة الأهلية من البين فليتأمل، ويجيء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح إلا قول المصنف في تعليل قول القدوري: فإن عاد الزوج وأكذب نفسه إلخ إلا أن وضع المسألة هناك فيما إذا أكذب نفسه بعد إقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك، وبهذا يظهر أنه لا تكرار.

---

(١) حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧٦ من حديث ابن عمر، ورجاله ثقات، وله شواهد.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥١: قال صاحب التنقيح: إسناده جيد.
(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٧٦ عن علي وعبد الله بن مسعود موقوفاً عليهما.
(٣) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤١٠ وعبد الرزاق في «مصنفه» كما في نصب الراية ٣/ ٢٥١ عن عمر وابن مسعود.
(٤) كذا قاله في نصب الراية ٣/ ٢٥١.

besturdubooks.wordpress.com

ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها؛ ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده،

يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه: يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهي القضية المسماة بالمشروطة، ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكماً بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد. وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية، وذلك يستلزم انتفاء ملزومها فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع، وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكماً لما قدمنا من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر، ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكماً بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج، وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائماً شرعاً عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج، ولكن بقي النظر في أيّ الاحتمالين أرجح، وأظن أن الثاني أسرع إلى الفهم، والله أعلم. وأما ما استدل به المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقدمنا منعه، وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعوناً أو مغضوباً عليه فما أبعده عن الفقه، إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله، وهذا القدر لا يمنع التناكح قوله: **(ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه)** شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان، حتى لو علق وهي كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفي نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لأن انتفاء إنما يثبت شرعاً حكماً للعان ولا لعان بينهما، ولأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع، والله أعلم. وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصيّ ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد، وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار، ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد. وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به، وكذا في نفيه من وطء بشبهة. وعند أبي يوسف فيهما الحدّ واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح. وفي الذخيرة: قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه قوله: **(وصورة اللعان)** أي في القذف بنفي الولد قوله: **(لما روى أنه ﷺ نفى نسب ولد امرأة هلال)** قيل: إنه غلط، فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد. وقيل: المراد بنسب ولدها الذي أتت به فإنها حملت من الوطء الذي قذفها به، والحديث في البخاري وأبي داود تختلف ألفاظهما وتتفق. عن ابن عباس قال: «جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً، فرأى ذلك بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً، فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾** [النور: ٦] الآية فسرّي عن رسول الله ﷺ وقال: أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً، قال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي سبحانه وتعالى، فقال رسول الله ﷺ: أرسلوا إليها فجاءت، فتلا عليها رسول الله ﷺ الآية وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، وقال هلال: والله لقد صدقت عليها، فقالت كذبت، فقال رسول الله ﷺ: لاعنوا بينهما، فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب، فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها، فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، ثم قيل لها: اشهدي، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك

....

bestsurdubooks.wordpress.com

فيتضمنه القضاء بالتفريق. وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول: قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره **(فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي)** لإقراره بوجوب الحدّ عليه **(وحل له أن**

العقاب، فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحدّ، وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها، وقال رسول الله ﷺ: إن جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ناتيء الأليتين حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به، فجاءت به أورق إلى آخر الأوصاف الثانية، فقال رسول الله ﷺ: لولا الأيمان لكان لي ولهما شأن». قال عكرمة: وكان ولدها بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب»[١] هذه في لفظ أبي داود. وفي رواية أخرى: «سائر اليوم لا أفضح قومي»[٢]. وفي مسلم والنسائي عن أنس «أن هلال بن أمية. قذف امرأته بشريك ابن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه، وكان أوّل رجل لاعن في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: إنظروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك ابن سحماء، قال: فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين»[٣]. فهذا وما قبله يدل على أنها كانت حاملاً وقطع نسب الولد الذي تأتي به. وفي سنن النسائي أيضاً عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى[٤]، وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضاً. وقال زوجها: ما قربتها منذ عفار النخل، وعفار النخل أنها كانت لا تسقى بعد الإبار بشهرين، فقال رسول الله ﷺ: اللهم بين، فجاءت بولد على الوجه المكروه[٥] وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال: «شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك ابن سمحاء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله ﷺ وهي حامل، فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر، ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك ابن سمحاء، وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا: امرأة لا نعلم فيها إلا خيراً، فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس، وعاش المولود سنتين ثم مات، وعاشت أمه بعده يسيراً، وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء»[٦]. قال الواقدي: وحدثني غير الضحاك بن عثمان أن عويمراً فساق الحديث، إلى أن قال: ولم

ينتف النسب عنه **(لأنه)** أي نفي الولد **(ينفك عنه)** أي عن التفريق، إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه. رواه بشر عن أبي يوسف **(فإن عاد الزوج وأكذب نفسه)** بعد اللعان **(حده القاضي لإقراره بما يوجب الحد عليه)** قال في النهاية: هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان، أما للعان فلأن المقصود باللعان

قوله: **(فيوفر عليه أي على الزوج مقصوده)** أقول: وعندي أن مرجع الضميرين البارزين هو اللعان والإضافة لأدنى ملابسة.

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٤٧٤٧ وأبو داود ٢٢٥٤، ٢٢٥٦ والترمذي ٣١٧٩ والنسائي ٦/ ١٧٢ وابن ماجه ٢٠٦٧ كلهم من حديث ابن عباس بألفاظ متقاربة.

(٢) هذا اللفظ لأبي داود ٢٢٥٤ والبخاري ٤٧٤٧.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٦/ ١٧١، ١٧٢ من حديث أنس بن مالك وكذا مسلم ١٤٩٦ وقضيء العينين: فاسدهما.

(٤) حسن. أخرجه النسائي ٦/ ١٧١ من حديث ابن عباس ورجاله كلهم ثقات وإسناده حسن.

(٥) قال الزلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٣: أخرجه عبد الرزاق من حديث ابن عباس.

(٦) ضعيف. أخرجه ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٣ من طريق عبد الله بن جعفر قال: شهدت عويمر العجلاني فذكره وشيخ ابن سعد محمد بن عمر الواقدي، وهو واهٍ ضعفه غير واحد.

besturdubooks.wordpress.com

يتزوّجها) وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم **(وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به)** لما بينا **(وكذا إذا زنت فحدت)** لانتفاء أهلية اللعان من جانبها **(وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما)** لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبياً، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه **(وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو**

يحد رسول الله ﷺ عويمراً في قذفه شريك ابن سحماء. وشهد عويمر بن الحرث وشريك ابن سحماء أحداً مع رسول الله ﷺ[1]، ففي هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال إلى شريك إليه أيضاً في قصة عويمر. قيل: ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شيء. وفي الصحيحين أيضاً في قصة هلال عن ابن عباس «فقال رسول الله ﷺ: اللهم بين فوضعت شبيهاً بالذي ذكر زوجها أنه وجد عند أهله، فلاعن بينهما رسول الله ﷺ[2] وفي هذا أن اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض قوله: **(فيتضمنه القضاء إلخ)** أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق قوله: **(وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق إلخ)** أي لا يثبت قطع النسب ضمناً للتفريق، لأنه: أي التفريق باللعان قوله: **(ينفك عنه)** أي عن نفي الولد، كما مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد، ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به قوله: **(فلا بد من ذكره)** حتى لو لم يقله: لا ينتفي النسب عنه. قال شمس الأئمة: هذا صحيح، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحدّ، فلو كان قد ترك ولداً يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الحيّ إلى النسب، ولو ترك بنتاً ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وقيل: الخلاف على العكس. له أن الإبن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها قوله: **(فإن عاد الزوج فأكذب نفسه)** أي اللعان ونفي الولد قوله: **(وهذا عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق قوله: **(وكذلك إن قذف غيرها إلخ)** على وزان ما قدمنا في زوال الأهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا قوله: **(وكذا زنت فحدت)** قيل لا يستقيم لأنها إذا حدّت كان حدّها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزني تخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه. ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأوّل على حدها لأنه حد القذف، وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت، فإن حدّها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة. واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطروّ الفسق مثلاً لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة قوله: **(ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة)** قذفاً مقتصراً **(فلا لعان)** وكذا لو أسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بأن قال: زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفاً في الحال لأن فعلها لا يوصف بالزنا، بخلاف قوله: زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه يقتصر قوله: **(لأنه)** أي اللعان يتعلق بالصريح كحدّ القذف، ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة، فلو قال: أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة

التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود، ولا حدّ عليه لأن قذفه كان موجباً للعان، والقذف الواحد لا يوجب حدين، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لأن وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها بإكذابه نفسه، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا، وأما فيما قلنا

قال المصنف: **(فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي)** أقول: في النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اهـ. يعني بعد القذف فيما اللعان قوله: **(قال في النهاية: هذا إذا لم يطلقها)** أقول: لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسألة بقوله بعد اللعان.

---

(١) هو في الذي قبله.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣١٦ ومسلم ٥٣١٦ كلاهما من حديث ابن عباس.

besturdubooks.wordpress.com

مجنوناً) لعدم أهلية الشهادة **(وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان)** لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف، وفيه خلاف الشافعي، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرىء بها **(وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما)** وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفاً. وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل، لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف. قلنا: إذا لم يكن قذفاً في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال: إن كان بك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط **(وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا)** لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً **(ولم ينف القاضي الحمل)** وقال الشافعي: ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملاً. ولنا أن

للأخرس في الأموال فههنا أولى، وكذا إذا كانت خرساء لا لعان لأن قذفها لا يوجب الحدّ لاحتمال أنها تصدقه، أو لتعذر الإتيان بلفظ الشهادة قوله: **(وفيه خلاف الشافعي)** ومالك والظاهرية فيلاعن بالإشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته، وقالوا: إن أمامة بنت أبي العاص أصمتت، فقيل لها: لفلان وكذا ولفلان كذا فأشارت: أي نعم فرأوا أنها وصية. قلنا: لم يثبت ذلك، ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حدّه بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لا تعري عن الشبهة والحد يندرىء بها، بخلاف غيره فإنه يثبت معها قوله: **(وهذا قول أبي حنيفة وزفر)** وبه قال: أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور، وبقولهما: قال مالك وأبو حنيفة أولاً قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب إلخ)** يعني وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف. وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول: الشافعي لحديث هلال بن أمية[1] أنه ﷺ لاعن بينهما وكان قذفها حاملاً على ما تفيده القصة التي ذكرناها قوله: **(ويصير كالمعلق)** كأنه قال: إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا، ولو قاله: لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه، وإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة يظهر أنه كان قذفاً منجزاً لكن فيه شبهة التعليق إذ في كل موقوف شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا، وشبهة التعليق كحقيقة فيما يندرىء بالشبهات، وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملاً عندنا لأن الحمل وإن ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والإرث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنا، قال: وجدت شريك ابن سحماء على بطنها يزني بها. وقوله ﷺ «انظروا فإن جاءت به كذا»[2] إلى آخر ما قدمنا فانظره كان إما لعلمه ﷺ بحملها من طريق الوحي أو لأن اللعان تأخر حتى ظهر

فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه، فلو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية كان عليه الحدّ لأنها بانت بالتطليقات الثلاث، وإنما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد، ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثاً لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات. وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان، كذا في المبسوط. وقوله: **(وحل له أن يتزوجها)** تكراراً لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما، ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعاً ونقل ههنا لفظ القدوري. وقوله: **(وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به)** يعني جاز له أن يتزوّجها. وقوله: **(لما بينا)** يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلاً

قوله: **(بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها)** أقول: وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فإنه يحد، إذ حينئذ ينقلب قذفه سبباً للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان، وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير إلى الموجب الأصلي كما سبق، وفي الإكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالحلف فلا يصار إلى الأصل قوله: **(تكرار لقوله)** أقول: وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على أنه لا تكرار.

---

(١) تقدم في ١/ ٢٩٠ متفق عليه.

(٢) تقدم في ٣/ ٢٩٠ رواه مسلم وغيره.

besturdubooks.wordpress.com

الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي **(وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به**

الحمل، وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله: ابن الجوزي، على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض، فقد قدمنا في الصحيحين عن ابن عباس[1] ما يفيد أنه كان بعد وضعها، وهو قوله «فقال ﷺ: اللهم بين، فوضعت شبيهاً بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما»[2] فلا يستدل بأحدهما بعينه لأن التعارض يوجب التوقف قوله: **(ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه)** أي على الحمل إلا بعد الولادة للاحتمال قبلها، إذ يحتمل كونه نفخاً أو ماء. وقد أخبرني بعض أهلي عن بعض خواصها أنها ظهر بها حبل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تهيأن له بهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد. وأما توريثة والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الإنفصال فيثبتان للولد لا للحمل. وأما العتق فإنه يقبل التعلق بالشرط فعتقه معلق معنى. وأما ردّ الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة. وفي البدائع: لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الأصحاب. أما عند أبي حنيفة فظاهر. وأما عندهما فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل، وإنما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال، بخلاف الرد بعيب لأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب قوله: **(وإذا نفى الرجل)** الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد، وله شرطان متفق ومختلف، فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها، وهذا من المواضع التي أعتبر فيها السكوت رضاً، وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح إلا في رواية عن محمد ولد الأمة إذا هنىء به فسكن لا يكون سكوته قبولاً،

للعان **(وكذا إذا زنت فحدّت)** له أن يتزوّجها **(لانتفاء أهلية اللعان من جانبها)** فإن قيل: لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان، والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما رجماً فحينئذ كان قوله فحدّت معناه رجمت، فبعد ذلك أنى تبقى محلاً للتزوّج؟ أجيب بأن معنى قوله حدّت جلدت، وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوّج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد. قال: **(وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبياً)** لعدم إحصانهما، لأن من شرطه البلوغ والعقل **(فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم الأهلية)** لكونه غير مخاطب **(وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان)** لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان **(وفيه خلاف الشافعي)** هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق **(ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة)** لكونها محتملة **(والحدود تندرىء بالشبهات)** واللعان في معنى الحد. وقوله: **(وإذا قال الزوج ليس حملك مني)** ظاهر، والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف. وقوله: **(والقذف لا يصح تعليقه بالشرط)** إنما كان كذلك لأن القذف مما لا يحلف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرىء بالشبهات **(وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا)** ظاهر. وقوله: **(وقد قذفها حاملاً)** روي أنه ﷺ قال «إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال» وفي رواية «أحيمر قصيراً، وإن جاءت به أسود جعداً جمالياً فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن» **(ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه، والأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله)** أي قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة. فإن قيل: بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله. أجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة. بخلاف الرد بالعيب لأنه

---

(١) تقدم في ٤/ ٢٩١

(٢) تقدم في ٤/ ٢٩١

besturdubooks.wordpress.com

وإن نفاه بعد ذلك لاعن، ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه في مدة النفاس) لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه الولادة. وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو

بخلاف ولد المنكوحة، لأن ولد الأمة غير ثابت النسب إلا بالدعوة، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس دعوة، ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي، والمختلف فيه أن يقع. أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة. ولو وقع بعده إن كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي إلا إذا كان غائباً على ما سيذكر، ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية، وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام، وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة. وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر. وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لأنها أثر الولادة. وكان القياس أن لا يجوز النفي إلا على فور الولادة كقول الشافعي: إلا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لأن النفي يحتاج إليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام. قال رسول الله ﷺ حين نزلت آية الملاعنة «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»[1] رواه أبو داود والنسائي. وفي الصحيحين عنه ﷺ «من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»[2]

يثبت مع الشبهات، والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال. وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تترتب يراد به بعضها، ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة **(والحديث)** أي حديث هلال **(محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي)** بدليل ما روينا أنه ﷺ قال: إن جاءت به كذا كان كذا، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي. وقوله: **(وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة)** قال في النهاية على بناء المفعول لا

قوله: **(روي أنه ﷺ قال «إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال» إلى آخر الحديث)** أقول: الأصيهب تصغير الأصهب، وهو الذي يضرب شعره إلى الحمرة، والأريصح تصغير الأرصح، وهو قليل لحم الفخذين، وحمش الساقين: أي دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة قوله: **(«إن جاءت به أسود جعداً جمالياً» الحديث)** أقول: الجمالي بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٦٣ والنسائي ٦/ ١٧٩ وابن ماجة ٢٧٤٣ كلهم من حديث أبي هريرة.
قال المنذري في مختصره: قال البخاري: عبد الله بن يونس يُعرف بحديث واحد.
وقال ابن أبي حاتم: عبد الله بن يونس يعرف بحديث واحد وهو هذا الحديث سمعت أبي يقول ذلك اهـ.
وقال البوصيري في الزوائد: حديث ابن ماجه إسناده ضعيف فيه يحيى بن حرب وهو مجهول قاله الذهبي في الكاشف اهـ. وإسناد ابن ماجه من طريق آخر غير طريق عبد الله بن يونس، وعلى هذا فقد توبع ابن يونس، فالحديث حسن لا سيّما، وقد قال ابن حجر في التقريب عن ابن يونس: حجازي مجهول الحال مقبول. يعني لم يستنكر ابن حجر حديثه لذا قبله مع جهالة حاله.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٣٢٦، ٤٣٢٧ ومسلم ٦٣ وأبو داود ٥١١٣ والدارمي ٢٤٣٥ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ والطيالسي ١٩٩، ٨٨٥ وأحمد ٥/ ٤٦، ٣٨، ١/ ١٦٩، ١٧٩، ١٧٤ كلهم من حديثه سعد بن أبي وقاص.
وأخرجه البخاري ٦٧٦٦، ٦٧٦٧ والبيهقي ٧/ ٤٠٣ كلاهما من حديث سعد بن مالك.
وورد من حديث علي أخرجه البخاري ٣٥٠٨ ومسلم ١٣٧. ومن حديث أبي ذر أخرجه البخاري ٣٥٠٨ ومسلم ٦١ والبيهقي ٧/ ٤٠٣.
ومن حديث أنس أخرجه أبو داود ٥١١٥.
ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجه ٢٦١١ والطيالسي ٢٢٧٤ وأحمد ٢/ ١٧١، ١٩٤ وأورده الهيثمي في المجمع ١/ ٩٨ وقال: ورجال أحمد رجال الصحيح.
ومن حديث أبي أمامة الباهلي أخرجه الطيالسي ١١٢٧ وأحمد ٥/ ٢٦٧.
ومن حديث عمرو بن خارجة أخرجه أحمد ٤/ ١٨٧، ٢٣٨ و٢٣٩.
ومن حديث جابر أورده الهيثمي في المجمع ٨/ ١٤٩.
وقال: رواه أبو يعلي وفيه عمران القطان وثقه ابن حبان وضعفه غير اهـ. فهذا حديث مشهور بل مستفيض.

besturdubooks.wordpress.com

ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي. ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين. قال **(وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما)** لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد **(وحد الزوج)** لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني، وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت

والاتفاق على أن المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة، ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنهما فور الولادة. وقال: لا معنى لتعيين مدة أصلاً لأنها للتأمل، والناس مختلفون فيه، والأحوال أيضاً تختلف في إفادته، فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله، أو أمن على دعاء المهني أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك الوقت. وقد يقال: إن اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله: لا معنى للتعيين أصلاً انتهى قوله: **(وإن كان غائباً)** ما تقدم كان إذا كان حاضراً، فلو كان غائباً لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس، وعنده قدر مدة قبول التهنئة، وعن أبي يوسف: إن قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً، وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلاً، لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخاً وهو قبيح، فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد. وذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن. وقال محمد: لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوماً من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه قوله: **(لأنهما توءمان)** هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر قوله: **(وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني)** وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقرّ بالأول والثالث ونفى الثاني قوله: **(والإقرار بالعفة)** وهو ما يتضمنه الاعتراف بالأوّل **(سابق على القذف)** بنفي الثاني حقيقة **(فصار كأنه قال هي عفيفة)** ثم قذفها. لا يقال: ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفي الثاني، فباعتبار بقائه شرعاً يكون مكذباً نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد. لأنا نقول: الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي، والحد لا يحتاط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعيناً لا الحكمي. هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والإقرار بالعفة سابق إلخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدراً وهو غير مفهوم اللفظ.

[فروع] لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لأنه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لأنه لا يفارقه، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف، واللعان ينفك عن نفي الولد لأنه مشروع لقطع الفراش، ويثبت النفي تبعاً له إن أمكن، ولا يلاعن عند أبي يوسف لأن القذف أوجب لعاناً يقطع النسب على خلاف ما وجب. ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان

الفاعل، لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر. وقوله: **(يصح نفيه في مدة النفاس)** يعني إذا كان حاضراً **(ولأبي حنيفة أنه لا معنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل)** لئلا يقع في نفي الولد مجازفاً **(وأحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه)** أي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة، فإن ذلك إقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي، وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده، وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستعد للعقيقة، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام، ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأي لا يجوز. وذكر في الشامل أنه روي عن أبي حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول **(ولو كان الزوج غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين)** فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة،

المصنف: (التمكن الاحتمال قبله) أقول: فيه بحث لأن أحكامه عليه الصلاة والسلام محمولة على نصب الشرع إلا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر في الأصول.

besturdubooks.wordpress.com

نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قادر بنفي الثاني ولم يرجع عنه، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية، وفي ذلك التلاعن كذا هذا.

لم يوجد في حق الثاني، ولا يجوز نفيه الآن لأنها غير منكوحة فيثبت نسبه، ومن ضرورته ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه. ولو قال: بعد ذلك هما ولداي لا حدّ عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما، ولا يكون رجوعاً لعدم إكذاب نفسه، بخلاف ما إذا قال: كذبت عليها لأنه للتصريح بالرجوع. ولو قالا: ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحدّ لأن القاضي نفى أحدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفاً لها مطلقاً بل من وجه. وفي النوادر: ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر الأول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه، لو نفى الأول والثالث وأقر بالثاني يحدّ وهم بنوه، وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقرّ به يلاعن ويلزمه لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل، كمن قال: يده أو رجله مني.

واعلم أن ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب وألحق بالأم لا يعمل القطع في جميع الأحكام بل في بعضها، فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله. وإن كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوّج بتلك البنت. ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك، ولا يبقى في حق النفقة والإرث، كذا في الذخيرة. وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه، والله أعلم.

وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة قوله: **(وإذا ولدت ولدين في بطن واحد)** ظاهر **(والإقرار بالعفة سابق على القذف)** جواب سؤال تقديره ينبغي أن يجب عليه الحدّ لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باقٍ بعد نفي الولد فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار، ولو وجد الإقرار بعد النفي ثبت الإكذاب وجب الحد، فكذا ههنا. وتقرير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة **(فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية، وفي ذلك التلاعن)** ولا يكون ذلك إكذاباً **(فكذلك هذا)**.

sturdubooks.wordpress.com

باب العنين وغيره

(وإذا كان الزوج عنيناً أجلّه الحاكم سنة، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهكذا روى عن عمر وعليّ وابن مسعود، ولأن الحق ثابت لها في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل

باب العنين وغيره

لما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح. والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة، من عنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عنّ إذا عرض لأن ذكره يعنّ يميناً وشمالاً ولا يقصده لاسترخائه، وجمع العنين عنن، ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها. وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لاعنة به وإلا علم أنه عنين، لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا: وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه. وفي المحيط: آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى. ولو كان صغيراً جداً كالزر فحكمه كالمجبوب قوله: **(أجله الحاكم سنة)** أي من وقت الخصومة، ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائناً من كان، ولو عزل بعد ما أجله بنى المتولي على التأجيل الأول قوله: **(هكذا روى عن عمر وعلي وابن مسعود)** أما الرواية عن عمر فلها طرق: فمنها طريق عبد الرزاق، حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة، قال معمر: وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم[1]، وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة: حدثنا هشيم عن محمد بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث[2]. ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة، زاد في لفظ وقال: إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملاً[3]. ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال: حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء، والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، من عنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، أو من عن إذا عرض لأنه يعن يميناً وشمالاً، ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها. قال: **(وإذا كان الزوج عنيناً)** أي

باب العنين

قوله: **(إذا حبس في العنة، إلى قوله: «لأنه يعن يميناً وشمالاً)** أقول: العنة بضم العين، وقوله، لأنه يعن: أي يعن ذكره يميناً وشمالاً. قال المصنف: **(فلا بد من مدة معرفة لذلك)** أقول: وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين، فإن كان عضوه يئول إلى النقصان وينزوي علم أنه لاعنة فيه، وإن كان لا يئول علم أنه عنين. كذا في شرح الكاكي. قال ابن الهمام: لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه اهـ.

---

(١) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه وكذا ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ والدارقطني ٣/ ٣٠٥. كلهم عن عمرو بن الخطاب.
(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ أن عمر كتب إلى شريح القاضي. وفيه إرسال الشعبي لم يدرك عمر.
(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن عمر بن الخطاب، وإسناده صحيح.

bestudubooks.wordpress.com

لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي

حولاً، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة[1]. وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما[2]، وحديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه: يؤجل العنين سنة، فإن جامع وإلا فرّق بينهما[3]. ورواه أيضاً عبد الرزاق والدارقطني. وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة[4]. وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم أنهم قالوا: يؤجل العنين سنة[5] قوله: **(فلا بد من مدة معرفة ذلك)** أي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الحلقة فقدرناها بالسنة لأنها معروفة لذلك، لأنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، والسنة تشتمل على الفصول الأربعة، وكل فصل بأحد هذه الكيفيات، فالصيف حارّ يابس، والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول، والشتاء بارد رطب، والربيع حار رطب، فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال قوله: **(فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية)** وفيه نظر، فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع، إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الخلقة، إذ المرض قد يمتد سنة، أيضاً مما له حكم العنين المسحور، ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضيّ السنة يفرق بينهما إذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الأصلية لغرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء.

فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للأصلية، ومضيّ السنة مع عدم الوصول موجب لذلك، أو هو عدم إيفاء حقها فقط بأي طريق كان، والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعاً، حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال: بعد مضي السنة أجلني يوماً لا يجيبه إلى ذلك إلا برضاها، فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية في إبلاء العذر. وقال لبيد: لابنتيه حين حضرته الوفاة:

تمنى ابنتاي أن يعيش أبوهما ... وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر
فقوما وقولا بالذي قد علمتما ... ولا تخمشا وجهاً ولا تحلقا الشعر
إلى الحول ثم اسم السلام عليكما ... ومن يبك حولاً كاملاً فقد اعتذر

قوله: **(ولا بد من طلبها)** هذا إذا كانت حرة غير رتقاء، فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة، وإن كانت أمة

وإذا كان الزوج عنينا **(أجله الحاكم سنة)** ابتداؤها من وقت الخصومة **(فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك)** وهو قول عمر وعليّ وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضي الله عنهم **(ولأن حقها ثابت في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرّفة لذلك. وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة)** لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك، وكذلك بقية الطبائع **(فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما)** وقيل ينبغي أن يقدر السنة شمسية أخذاً بالاحتياط، لأنه ربما يكون موافقة العلاج في الأيام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس

(١) موقوف. أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن عمر بن الخطاب والحسن لم يدرك عمر.
(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤ عن علي بن أبي طالب.
(٣) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٥، ٣٠٦ وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٤، ٢٥٥ كلهم عن ابن مسعود.
(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٥ والدارقطني ٣/ ٣٠٦ كلاهما عن المغيرة بن شعبة.
(٥) قاله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٥

sturdubooks.wordpress.com

منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها **(وتلك الفرقة تطليقة بائنة)** لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وقال الشافعي: هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو

فالطلب عند أبي يوسف لها، وعند أبي حنيفة لسيدها، وهو فرع مسئلة الإذن في العزل. وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت، ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبداً فلا يبطل حقها بالشك، ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنيناً ينتظر بلوغه لأن للصبا أثراً في عدم الشهوة. قال قاضيخان: الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل. ولو وجدت زوجها المجنون عنيناً فخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لأن الجنون لا يعدم الشهوة، بخلاف ما لو وجدته مجبوباً وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصماً وإلا نصب القاضي عنه خصماً وفرق للحال. ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرّق بينهما، ولو طلب يمينها على ذلك تحلف، فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق، ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل؟ لم يذكره محمد واختلفوا فيه، ولو اختلفا في الجبّ فادعته فأنكر يريه رجلاً، فإن أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة. ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق، بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق. ذكره في الغاية. قال في شرح الكنز: وفيه نظر، لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه، ألا يرى أنها لو أقرت بعد الفرقة أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى. لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث، وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والجبّ، وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب، بخلاف ثبوته من العنين فإن بثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة، بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة. ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت، وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك، ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة قوله: **(وتلك الفرقة تطليقة بائنة)** وهو قول: مالك والثوري وغيرهما. وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله: فسخ لأنها من جهتها، وقاس الماوردي على الفرقة بالجبّ. قلنا: بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف، فإذا امتنع كان ظالماً فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله إليه، والقياس على الجبّ ممنوع لأن الفرقة بسببه عندنا أيضاً طلاق قوله: **(لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا)** أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد

بظاهر الرواية على ما نذكره **(ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه.** (وقال الشافعي رحمه الله: **هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا)** يعني بعد التمام، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم **(وإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة)** وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة، أما الأولى فلفوات المقصود وهو الوطء، وأما الثاني فلأنها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم **(ولها كمال المهر إن كان خلا بها لأن خلوة العنين صحيحة)** لأن المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل، دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم **(ويجب العدة)** لتوهم الشغل احتياطاً استحساناً **(لما بينا)** يعني في باب المهر هذا إذا أقرّ الزوج بعدم الوصول إليها، وإن ادعاه وأنكرته **(فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة)** حقيقة وإن كان مدعياً للوصول صورة **(والأصل في الجبلة السلامة)** وكان الظاهر شاهداً له والقول قول من يشهد

قوله: **(يعني بعد التمام، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم)** أقول: ولعل الشافعي ينازع في التمام.

besturdubooks.wordpress.com

دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة **(ولها كمال مهرها إن كان خلا بها)** فإن خلوة العنين صحيحة **(ويجب العدة)** لما بينا من قبل هذا إذا أقرّ الزوج أنه لم يصل إليها **(ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها، فإن كانت ثيباً فالقول قوله، مع يمينه)** لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلّة **(ثم إن حلف بطل حقها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر أجل سنة)** لظهور كذبه **(وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج، فإن حلف لاحق لها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت)** لأنه لا فائدة في التأجيل **(والخصي يؤجل كما يؤجل العنين)** لأن وطأه مرجوّ **(وإذا أجل**

والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام، بخلاف ما نحن فيه لأنه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالإقالة، وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة[1] ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة، إذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيار تعنتاً فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها، ولو تزوّجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال، ولو تزوّجت به أخرى عالمة بحاله ففي الأصل كذلك يكون رضا، وعليه الفتوى. وقيل: لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه. ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة، فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوّج به راضية بالعيب قوله: **(هذا)** أي الذي ذكرنا من أنها إذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح، وإن تصادقا أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوّجها ثانياً ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة، فإن اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله. والوجه ظاهر في الكتاب قوله: **(وإن نكل أجل سنة)** سواء جعل النكول إقراراً أو بذلاً فكأنه أقرّ بعدم الوصول إليها قوله: **(وإن كانت بكراً)** يعني إذا نكل وكانت بكراً وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء، فإن قلن: هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه، وقوله فإن قلن: خرج على ما هو الأولى من إراءتها لامرأتين ثم جعلهما جمعاً وإلا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط. وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر، أو تكسر وتسكب في فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب، وإن قلن: ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها، غير أن القول قوله: لو قالت: زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها، فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها، ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة

له الظاهر فكان كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعياً صورة **(ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كانت بكراً نظر النساء إليها، فإن قلن هي بكر أجل سنة، وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج)** لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة **(فإن حلف لا حق لها، وإن نكل يؤجل سنة)** ثم كيف يعرف أنها بكر أو ثيب؟ قالوا: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج، فإن دخل بلا عنف فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب، وقيل تكسر البيضة فتصبّ في فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر. قوله: **(وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال)** ظاهر. قوله: **(وإن قلن هي ثيب حلف الزوج)** حاصله أن الإراءة للنساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخيير **(فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول)** أي لتأيد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين **(فإن حلف لا تخير)** لبطلان حقها **(وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه)** يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة **(فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها)** وكذلك إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها، فإذا رضيت بالإسقاط صريحاً أو دلالة بتأخير

---

(١) تقدم في ٢٩٨/٤ موقوف على عمر.

besturdubooks.wordpress.com

العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء. فإن قلن هي بكر خيرت) لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج، فإن نكل خيرت) لتأيدها بالنكول، وإن حلف لا تخير، وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لأنها رضيت ببطلان حقها، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه (وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي: ترد

فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل، إن كانت بكراً نظرن إليها، فإن قلن: بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة، وإن قلن: ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلفا استقر النكاح، وإن كانت ثيباً في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له، فإن حلف استقر النكاح، ولو نكل أجل وخيرت بعده، وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام، وإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها، فإن فرق بينهما. كذا ذكره محمد في الأصل. وقيل: تقع الفرقة باختيار نفسها ولا تحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة قوله: (لأنه لا فائدة في التأجيل) لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة، بخلاف الخصي لأن آلته قائمة، وإنما سلت خصيتاه أو وجيء، والموجوء الذي رض خصيتاه. قال: لي بعض أهل الماشية إنه تمرس الخصيتان وهو صغير مرساً شديداً ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يعودان، ويكون نشيطاً كثير الجماع إلا أنه لا يحبل، فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين قوله: (وإذا أجل العنين سنة فقال إلخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده.

[فرع] الخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز، فإن وصل إليها وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم. وكل من تزوجت واحداً من هؤلاء: أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها، وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة قوله: (هو الصحيح) صححه أيضاً صاحب الواقعات احترازاً عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ورفع المانع، فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها. وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولاً وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة، فإذا أطلق السنة انصرف إلى ما لم يصرحوا بخلافه، ثم زيادة الشمسية قيل: أحد عشر يوماً. وعن الحلواني: السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة. ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا .وقيل: القمرية ثلاثمائة وأربعةوخمسون يوماً وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم إلا جزءاً من يوم، وفصل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب، والذي يظهر أن هذا كله محدث. وعمر ابن الخطاب رضي الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى إليه[1]، وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت إليه فأجله حولاً من غير تقييد في السنة[2] والحول لم يرد حينئذ إلا ما بالأهلة

الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء، فإن اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها، فإن أبى فرّق القاضي بينهما كما مر. قال: (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً. وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم (وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لأن الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه) أي عن

---

(١) تقدم في ٢/ ٢٩٨ موقوف على عمر. (٢) تقدم في ٤/ ٢٩٨ موقوف أيضاً.

besturdubooks.wordpress.com

بالعيوب الخمسة وهي: الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الإستيفاء حساً أو طبعاً والطبع مؤيد بالشرع. قال عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم فرارك من الأسد». ولنا أن فوت الإستيفاء أصلاً بالموت لا

هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع، على أن الحول لم يعرف بعرف آخر اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان، والله سبحانه أعلم قوله: **(وتعتبر بأيام الحيض)** أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقيناً وعادة قوله: **(ولا تحتسب بمرضه ومرضها)** هكذا مطلقاً، وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع معه الجماع، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه، وإن كان أكثر لم يحتسب وعوّض عنه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه، فكذا النصف من كل شهر، وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف. وفي رواية: إن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به، وفي رواية إن مدة الكثرة سنة، وفي رواية: أكثر السنة. وعن محمد: لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه، قيل: عليه الفتوى، فإن حجّ أو غاب هو احتسب عليه، لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة، ولو كان محرماً وقت الخصومة قال محمد: يؤجل بعد إحرامه فلا يكون عذراً، بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذراً فيعوض، فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن لم يحتسب عليه، وإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب، ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادراً على الإعتاق، وإن كان عاجزاً أمهله شهري الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة قوله: **(وإذا كان بالزوجة عيب إلخ)** الحاصل أنه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائناً من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه. وفي المبسوط: إنه مذهب عليّ وابن مسعود رضي الله عنهم. وعند محمد: لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص. وقال الشافعي رحمه الله: لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة، وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضاً، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة، وهو قول مالك وأحمد. وقال الزهري وشريح وأبو ثور: وترد بجميع العيوب، وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات، والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال: جذم وجنّ إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون، ولا يقال: أجذم ولا أجن ولا مجن، وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس: مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله، وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة:

ولقد نزلت فلا تظني غيره ... مني بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله. والرتق الالتحام، والرتقاء هي الملتحمة. والقرن في الفرج إما غدة غليظة أو عظيم يمنع سلوك الذكر. للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها، وثلاثة أقيسة

المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان ويعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ. وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر منه لا يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها، وكذلك الغيبة لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه. وعنه أنهما إذا كان صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض. وعند محمد رحمه الله أن مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك، وإن كان المرض شهراً لا يحتسب ويزاد في مدنه بقدر مدة المرض **(وإذا كان بالزوجة عيب)** أيّ عيب كان **(فلا خيار للزوج في فسخ النكاح.** وقال الشافعي: **ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق)** بفتح التاء مصدر قولك

sturdubooks.wordpress.com

يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (**وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله:**

في بعضها. أما النص فما روي «أنه ﷺ ردّ بالعيب، قال: للتي رأى بكشحها وضحاً أو بياضاً الحقي بأهلك»[1] فصار البرص منصوصاً عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع، وهذا الوصف وهو كونه منافراً للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباعدة والفرار فإنه جنس الفسخ، قال النبي ﷺ «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد»[2] ويجعل الجذام منصوصاً عليه في هذا الحديث لأن الفرار يثبت بفسخ نكاحه. والحديث رواه البخاري تعليقاً عن أبي هريرة قال ﷺ «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفرّ من المجذوم فرارك من الأسد»[3] ويقاس النكاح على البيع في أنه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح، وقياساً على المجبوب بجامع المنافع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما. قلنا: أما الحديث الأول فلم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد، ولو سلم جاز أن يكون طلاقاً، فإن لفظ الحقي بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على إباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه. وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه، فإن المقتضى بفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاححة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله، والنكاح ليس كذلك فإن المال فيه تابع غير مقصود، وإنما شرع إظهاراً لخطر المحل، ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصحح مع عدم رؤية المرأة أصلاً، بخلاف البيع عنده، ثم إذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار للرد بلا عيب، وفي

امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع: أي لانسداده ليس لها خرق إلا المبال (**والقرن**) بسكون الراء. قال في المغرب: وهو إما غدّة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك. قال: لأنها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حساً أو طبعاً؛ أما حساً ففي الرتق والقرن، وأما طبعاً ففي الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري إلى الأولاد (**والطبع مؤيد بالشرع**) قال ﷺ «فر من المجذوم فرارك من الأسد». (**ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ**) حتى لا يسقط شيء من مهرها، فاختلاله بهذه العيوب أولى. قيل فيه ضعف لأن النكاح موقت بحياتهما (**وهذا**) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (**لأن الاستيفاء من الثمرات**) وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد، ألا ترى أنه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وإنما المستحق هو التمكن وهو حاصل، أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر، وأما في الباقيين فبالشق أو الفتق، وقوله عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم» الحديث محمول على الفرار بالطلاق، وكذا ما روي «أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضاً فردها» محمول على الطلاق، لأنه روي «أنه عليه الصلاة والسلام قال لها: إلحقي بأهلك» وهذا من كنايات الطلاق، وكذا ما روي عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب، ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود (**وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو**

قال المصنف: (**قال عليه الصلاة والسلام «فر من المجذوم فرارك من الأسد»**) أقول: قال الزيلعي لا حجة له فيه لأنه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد إجماعاً لأنه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اهـ. فيه بحث إذ لم يذكره الشافعي دليلاً على أنه يوجب الخيار بل على كونه متفوراً عنه شرعاً كما أنه متفوراً عنه طبعاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٢/ ١٧١ والبيهقي ٧/ ٢١٤ كلاهما من حديث ابن عمر.
قال ابن عدي: في إسناده جميل بن زيد الطائي.
قال يحيى: ليس بثقة، وهو يعرف بهذا الحديث.
واضطرب الرواة عنه بهذا الحديث كما ذكره البخاري اهـ ابن عدي باختصار.
قال البيهقي بعد أن ذكر بعض كلام ابن عدي: قال البخاري: لم يصح حديثه. اهـ. وكذا ضعفه ابن التركماني في تعليقه من عدة وجوه.
(٢) هو الآتي.
(٣) تقدم في النكاح رواه البخاري وغيره وهو صحيح.

besturdubooks.wordpress.com

لها الخيار) دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق. ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا، والله أعلم بالصواب.

النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيباً عجوزاً شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به، وفي البيع يفسخ بدون ذلك، ولو هزلاً بالبيع لم ينفذ، وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية. وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية، وذلك لما يوجب الفسخ اتفاقاً للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد حينئذ، وقول محمد: إن وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الأخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من إزالة الضرر عن نفسه بالطلاق، ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعي ومن معه قوله: **(ولنا أن فوات الاستيفاء أصلاً بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ)** فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ، ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما قوله: **(وهذا)** أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لأن الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن: أي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا: قوله: **(لأنهما مخلان بالمقصود)** فإن قيل: جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع. أجيب بأن الوطء له جهتان: جهة كونه مقصوداً باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به، وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاحه الرضيعة والآيسة، فلو كان مقصوداً لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جرياً على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها، وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره، وعلى ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطرد لا يختلف، والله تعالى أعلم.

جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد لها الخيار) لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجبّ والعنة فتخير دفعاً للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق **(ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما يثبت في الجبّ والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح)** وهو الوطء لأن شرعية النكاح لأجل الوطء **(وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا)** فإن قيل: قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ، وفي مسألة الجبّ والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح أن لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم. قلت: هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء، وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به، بخلاف العيوب الثلاثة، والله أعلم.

قال المصنف: **(ولنا أن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ)** أقول: وفيه نظر لأن النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجيء **(قول الحديث محمول على الفرار بالطلاق)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح)** أقول: فإن قيل جعل في المسألة التي قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته. وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجب وهذا تدافع. أجيب بأن الوطء له جهتان: جهة كونه مقصوداً باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوليد فإنه لا يحصل إلا به. وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة، فلو كان مقصوداً لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جرياً على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها، وجهة المقصودية فيما إذا كانت لأنهما لا تتمكن من الطلاق ولا الإستمتاع بغيره اهـ. وقال الشيخ أكمل الدين: هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء، وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به، بخلاف العيوب الثلاثة اهـ. ونحن نقول: فيه بحث لأن المصنف صرح في أول الباب أن الحق ثابت لها في الوطء.

sturdubooks.wordpress.com

باب العدة

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) لقوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى

باب العدة

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعاً أو ردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وأحكام العنين. وهي في اللغة: الإحصاء، عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء، وتقال: أيضاً على المعدود. وفي الشرع: تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت، وينبغي أن يزاد وشبهته بالجر عطفاً على النكاح، والتربص الانتظار: أي انتظار انقضاء المدة بالتزوّج، فحقيقته ترك لزم شرعاً للتزوّج والزينة في مدة معينة شرعاً، ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته، وزوال ذلك شرط، فالإضافة في قولنا: عدة الطلاق إلى الشرط، ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة. قالوا: وركنها حرمات تثبت عند الفرقة، وعند الشافعي الكف عنها، وينبني على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا، وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف: هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات، وإلا فالتربص فعلها، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلاً، وعلى هذا فما قيل في حكمها: إنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح، لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض، وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات. نعم حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها، ولا شك أنه معنى كونه هو أيضاً في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضاً، غير أن اسم العدة اصطلاحاً خص بتربصها لا بتربصه، ولزم مما ذكر أن لا يقال: في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه قوله: (إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً) وليس رجعياً في بعض النسخ وشمل

باب العدة

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها لذكر وجوه التفريق في باب على حدة، لأن الأثر يعقب المؤثر. والعدة في اللغة: أيام أقراء المرأة، وفي الشريعة: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول أو الخلوة أو الموت، وهو: أي هذا الزوال سببها. وشرطها وقوع الفرقة. وركنها حرمات ثابتة إلى أجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه. قال: (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً) ولم يقل وقد دخل بها، لأن قوله رجعياً يغني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في الدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة ممن تحيض، فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾) وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته، وأم الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا) أي التعرف عن براءة الرحم (يتحقق

باب العدة

قوله: (عند زوال ملك المتعة) أقول: أو شبهته قوله: (وهو أي هذاالزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول: أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي؟ ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين، وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل ما يحل به المطلقة قوله: (وركنها حرمات ثابتة إلخ) أقول: أي حرمة الازدواج والخروج كما سيجيء في هذا الباب من ذلك الكتاب، فيكون التعريف بالتربص تعريفاً باللازم قوله: (ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعياً يغني عنه) أقول: المتبادر في أمثاله هو التوزيع، فلا يعني ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعياً غير موجود في أكثر النسخ.

besturdubooks.wordpress.com

الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح، وهذا يتحقق فيها، والأقراء الحيض عندنا. وقال الشافعي: الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد، وكذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى، إما عملاً بلفظ الجمع، لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق

طلاق الخلع واللعان خلافاً لمن قال: عدة المختلعة حيضة واحدة. قيل: هو بناء على أنها فسخ. والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول، إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره، وخلافاً لابن عباس في قوله: عدة الملاعنة تسعة أشهر قوله: **(وهي حرّة ممن تحيض)** يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الإياس سواء كانت تحيض أو لا، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر، بخلاف ما لو لم تر شيئاً أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر قوله: **(أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق)** مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة قوله: **(فعدتها ثلاثة أقراء)** مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبراً عن اسم معنى نحو السفر غداً، لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي؛ أعني: إطلاق العدة على نفس المدة، ثم لا يخفى أن سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا، وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة، قال الله تعالى **﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾** [الأحزاب: ٤٩] قوله: **(والفرقة إذا كانت إلخ)** لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع، وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتاً بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق: يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح إلى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك، ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي أن تجب لغيره أيضاً، وقد أفاد المصنف فيما سيأتي أنها أيضاً تجب لقضاء حق النكاح بإظهار الأسف عليه، فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الأقراء وقد ينفرد الثاني كما في صور الأشهر، بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه إذ لا إلف ولا مودة فيه قوله: **(والأقراء الحيض عندنا، وقال الشافعي الأطهار)** وقول: الشافعي قول مالك، ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول: الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري، وزاد أبو داود والنسائي معبداً الجهني، وما ذكرناه أنه قول العبادلة: بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل، وممن رواه عنه الطحاوي، وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوي إلى قبيصة بن

فيها) أي في الفرقة بغير طلاق **(والأقراء الحيض عندنا، وقال الشافعي: الأطهار واللفظ حقيقة فيهما)** فكان من الألفاظ المشتركة بين الأضداد **(كذا قاله ابن السكيت، ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك)** فإن اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازاً على ما عرف في الأصول، ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف لكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجاز في أحدهما لأنه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الأضداد ينفيها، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول فلا بد من الحمل على أحدهما. والحمل على الحيض أولى لمعان: أحدها العمل بلفظ الجمع: يعني القروء فإنه جمع قرء بالفتح والضم، ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما أن الطلاق يوقع في طهر وهو السنة، ثم هو محسوب عن الأقراء عند من يقول بالأطهار فيكون حينئذ مدة عدتها

قوله: **(واللفظ حقيقة فيهما فكان من الألفاظ المشتركة)** أقول: غير مطابق للمشروع.

besturdubooks.wordpress.com

يوقع في طهر لم يبق جمعاً، أو لأنه معرّف لبراءة الرحم وهو المقصود، أو لقوله عليه الصلاة والسلام «وعدة الأمة حيضتان» فيلتحق بياناً به (**وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر**) لقوله تعالى: ﴿**واللائي يئسن من**

ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول: عدة الأمة حيضتان[1]، فعارض روايتهم عن زيد[2] أيضاً، وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان بن حيي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وأبو عبيدة وإسحاق وإليه رجع أحمد. وقال محمد بن الحسن في موطئه: حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم قال: الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة[3]. وهذا الإطلاق إنما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر، إلا إذا كان طلقها في الحيض، فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة، والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبني قولهم: قوله: (**إذ هو من الأضداد**) استدلال على كونه حقيقة فيهما، وهذا على طريقة أهل الأصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد، وقد وضع بعض أهل العقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين. وأما على طريقة أهل الأدب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال: للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الأعمى إلا أنها بمعزل من إفادات الأحكام الشرعية فلم يعتبر فيها. وأما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعمم إنما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع، ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن. لا يقال: استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك. لأنا نقول: لا يلزم من كونه اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظاً لجواز التواطؤ والتشكيك. لا يقال: ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد. لأنا نقول: إنما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه أنه لا يمكن الجمع، وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعد بمضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض إنما يمتنع إذا أريد تحقيقهما في زمن أحدهما قوله: (**والحمل على الحيض أولى**) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمد لهم وذلك أن قولهم: القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء، وأما

قرءين وبعض الثالث، ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ﴿**ثلاثة قروء**﴾ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد، وهو لا يحتمل النقصان، وهذا أيضاً مما عرف في الأصول وقد قررناه في الأنوار والتقرير، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فإنه يكمل ثلاثاً. والثاني أن الحيض معرف لبراءة الرحم لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر، لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بأنها حامل أو حائل وهو أي التعرف هو المقصود. والثالث قوله ﷺ «وعدة الأمة حيضتان»

قوله: (**عند من يقول بالأطهار**) أقول: يعني عند الشافعي قوله: (**ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قروء إلخ**) أقول: فيه بحث، فإن التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع إلى هنا، فالأولى أن يفسر لفظ الجمع في كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وإن لم يكن صيغة وإلا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما في قوله تعالى ﴿**الحج أشهر معلومات**﴾ قال المصنف: (**لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية**) أقول: لا يخفى عليك أن المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل.

---

(١) موقوف. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٦٢ عن قبيصة أنه سمع زيد بن ثابت يقول: الطلاق إلى الرجل والعدة إلى المرأة إن كان الرجل حراً، وكانت المرأة أمة، فثلاث تطليقات، والعدة عدة الأمة حيضتان، وإن كان عبداً، وامرأته حرة طلق طلاق العبد تطليقتين، واعتدت الحرة ثلاث حيض».

(٢) قول زيد المعارض أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٦٢ أن زيداً كان يقول: «وإذا طلق الرجل امرأته، فرأت أول قطرة من دم حيضتها الثالثة فلا رجعة له عليها».

(٣) أخرج البيهقي ٧/ ٤١٧ عن علي قال: «إذا طلق الرجل امرأته فهو أحق بها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة في الواحد والثنتين».
وفي الباب عن عمر وعثمان وأبي وأبي موسى.

besturdubooks.wordpress.com

المحيض من نسائكم﴾ الآية (وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** (وإن كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان» ولأن الرق منصّف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت

بمعنى الحيض فإنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل عليها، وكونه وقع في شعر الأعشى كذلك حيث قال:

أفي كل عام أنت جاشم غزوة ... تشد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أي من أطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه، وكذا الاستشهاد بقوله ﷺ «دعي الصلاة أيام أقرائك» لا يوجبه، فقد روى أبو داود والنسائي قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش «فانظري فإذا أتاك قرؤك فلا تصلي، فإذا مرّ قرؤك فتطهري وصلي»[1] وقال الراجز:

يا رب ذي ضغن وضب فارض ... له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض، فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض، على أنه قد قيل: في بيت الأعشى: إن المراد نفس الزمان: أي زمان الطهر، فإن القرء يقال: للزمان لغة كثيراً، واستدلالهم بقوله ﷺ في حديث ابن عمر «مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها إن شاء الله فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[2] يعني بالأمر قوله تعالى **﴿فطلقوهن لعدتهن﴾** [الطلاق: ١] لا يصح لأنه بناء على اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال، ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنة له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة «لقبل عدتهن»[3] في صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال: في التاريخ بإجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه، ويؤيده ما قال الطحاوي: أن النبي ﷺ خاطب ابن عمر بذلك، ومذهب ابن عمر أن الإقراء الحيض فلم يفهم أنها الأطهار، وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفاً، وتمسكهم بتأنيث العدد في قوله تعالى **﴿ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض، فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لأن الشيء إذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقي يؤنث عدده إذا أضيف إلى اللفظ المذكر إذا أضيف إلى المؤنث، وفي العربية إذا كان المعدود مؤنثاً واللفظ مذكراً أو بالعكس فوجهان، وما نحن فيه كذلك، فإن للدم اسمين مذكراً وهو القرء ومؤنثاً وهو الحيض فحين أضيف إلى المذكر أنث، وكذا على الأصل الآخر فإن الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده. ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه: الأول قوله عملاً بلفظ الجمع: أي العدد فإنه جمع معنى لا صيغة، أو يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصاً على المراد بكميته: أعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فإنه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع، فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي

والرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بياناً به: أي فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بياناً (وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾** (وكذا التي بلغت بالسن) أي خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبراً واحداً، وفي هذا دلالة ظاهرة على أن الأصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها، حيث جعل الأشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى **﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾** (وإن

---

(١) تقدم في كتاب الطهارة باب الحيض.

(٢) تقدم في أواخر كتاب طلاق السنة في ٣/ ٤٩٣ موقوف.

(٣) هي في صحيح مسلم ١٤٧١ ح ١٤ عن ابن عمر قال: «وقرأ النبي ﷺ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن» بدون اللام ورواه عبد الرزاق ٣٢٣٣ في تفسيره بذكر اللام وهو صحيح.

besturdubooks.wordpress.com

حيضتين، وإليه أشار عمر بقوله: لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً **(وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف)** لأنه منجز فأمكن تنصيفه عملاً بالرق **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر)** لقوله تعالى: **﴿ويذرون أزواجاً يتربصن**

اللازمة من حمله على الأطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع في الطهر وإلا لزم إحداث قول ثالث، إذ كل من قال: إنه الطهر قال: تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعي الدلالة والثبوت، بخلاف ما إذا حمل على الحيض، فإنه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكتمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبيت ضرورة التكميل وهو جائز، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة إقامة الواجب إلا بها، بخلاف طهرين وبعض الثالث فإنه لم يتحقق فيه حقيقته أصلاً. لا يقال: قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى **﴿إن تستغفر لهم سبعين مرة﴾** [التوبة: ٨٠] لأنا نقول: لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير، وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلاً ثمانون أو مائة. الثاني قوله: ولأنه أي الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم، بخلاف الطهر لأنه وإن دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لأنه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل إذ لو انسد به لم تحض عادة، ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا: «حتى يستبرئن بحيضة»[1] ولم يقل بطهر. الثالث هو قوله ﷺ «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[2] وتقدم في باب الطلاق تخريجه. وأسند الشافعي: حدثنا سفيان ابن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضي الله عنه قال: ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين، فإن لم تكن تحيض فشهرين أو شهراً ونصفاً[3]. وكذا رواه الدارقطني. والاجتماع على أنها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى **﴿ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] للإجمال الكائن بالاشتراك بياناً له. ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم﴾** إلى قوله **﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق: ٤] إذ لا شك في أن الاعتداد بالأقراء أصل والأشهر خلف عنه إنما يصار إليه عند عدمها، فلما علق سبحانه وتعالى المصير إليه بعدم الحيض دل أن الحيض هو المراد بالأقراء في الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض، فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال يقابلة الظهور، إذ الظاهر تعليق المصير إلى الخلف بعدم عين ما شرع أصلاً لا بعدم شيء آخر يستلزمه، فكان الأصل أن يقال: واللائي يئسن من القروء، فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو.

كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها، لقوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ وقوله: **(فإن كانت أمة)** ظاهر. وقوله: **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾)** نسخ قوله تعالى **﴿وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج﴾** واستدل عليه بما روي «أن

---

(١) تقدم في النكاح باب بيان المحرمات وإسناده حسن وله شواهد.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢١٨٩ والترمذي ١١٨ وابن ماجه ٢٠٨٠ والحاكم ٢/ ٢٠٥ والبيهقي ٧/ ٣٦٩ والدراقطني ٤/ ٣٩ كلهم من طريق مظاهر عن القاسم عن عائشة مرفوعاً، وكذا رواه الدرامي ٢٢٠٩ هكذا قال أبو داود: هو حديث مجهول.
وقال الترمذي: هذا حديث غريب لا يعرفه إلا من حديث مظاهر، ولا نعرف لمظاهر غير هذا الحديث والعمل على هذا عند أهل العلم وهو قول الثوري والشافعي وأحمد وإسحق.
وقال الدارقطني: روينا عن أبي عاصم: ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر.
قال أبو بكر النيسابوري: والصحيح عن القاسم خلاف هذا ثم أسند الدارقطني بسند جيد عن زيد بن أسلم قال: سئل القاسم أبلغك عن النبي ﷺ في هذا.
قال: لا.
ورواية ثانية عن القاسم، فأجاب: ليس هذا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله، ولكن عمل به المسلمون وانظر نصب الراية ٣/ ٢٢٦ والخلاصة أنه: ضعيف أنكره كبار أئمة الحديث.

(٣) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٨ والشافعي ٢/ ٥٧ كلاهما عن عمر بن الخطاب.

besturdubooks.wordpress.com

بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لأن الرق منصف **(وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها)** لإطلاق قوله تعالى **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** وقال عبد الله بن مسعود: من شاء باهلته

[فرع] تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطأها وهي معتدة عالماً بحرمتها، بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكراً إطلاقها فإنها تستقبل العدة، وإذا كان منكراً حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة، ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها قوله: **(وإن كانت لا تحيض)** لصغر بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه، وأقله تسع على المختار، أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق: ٤] ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا: قد علمنا عدة الحيض فالتي لا تحيض لا ندري ما عدتها، فأنزل الله تعالى هذه الآية. والمعنى: إن ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر. وقيل: إن ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الإياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر. ثم قال المصنف: وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية: يعني قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمس عشرة سنة على قولهما: وسبع عشرة سنة على قول: أبي حنيفة ومالك ولم تحض إذا طلقت تعتدّ بالأشهر أيضاً، ثم إن وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقاً، وإن وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالأيام فلا تنقضي إلا بتسعين يوماً عند أبي حنيفة، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلّة، والله أعلم. ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فإنه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر، واستدل على ذلك بقوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** [الطلاق: ٤] الآية، ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال: وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية. ولا يخفى أن آخرها: أعني قوله تعالى **﴿واللائي لم يحضن﴾** [الطلاق: ٤] هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كما أنه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن. والحاصل أن من كان طهرها أصلياً فعدتها بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض، وإن استمرت لا تحيض إلى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أو لم تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع، والأول أصح. وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع، وإن لم يظهر فبالأشهر. وينبغي على هذا أن تحتسب بالأشهر التي وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر، فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هي العدة، غاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت. ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض. هذا وممن ذكر أنها تعتد بالأشهر المستحاضة التي نسيت عادتها، وهو مما يلغز فيقال: مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضاً في كل شهر وعدتها بالأشهر، لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض، لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أوّل كل شهر أو آخره، فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين، بخلاف التي لم تنس فإنها ترد إلى أيام عادتها، فجاز كون

المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله ﷺ تستأذنه في الاكتحال، فقال ﷺ: كانت إحداكن في الجاهلية إذا توفى عنها زوجها قعدت في شر أحلاسها في بيتها حولاً ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشراً» فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر وعشراً، وإن الأولى هي العدة الكاملة وإن الثانية رخصة **(وعدة الأمة شهران وخمسة أيام)** لما عرف غير مرة أن الرق منصف **(وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾)** وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما. وكان عليّ يقول: تعتد بأبعد الأجلين، إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد، لأن قوله تعالى **﴿وأولات الأحمال أجلهن﴾** الآية، يقتضي الاعتداد

sturdubooks.wordpress.com

أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة. وقال عمر: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت

عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث. واعلم أن إطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح إلا فيما إذا طلقها أول الشهر، أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدرٌ ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر، غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر. ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر، ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون: تعتد. وفي «المبسوط»: قال بعض علمائنا: هي لا تخاطب بالاعتداد، ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوّجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها، ولا يخفى أن القائل الأول قوله: مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب. فإن قلت: وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوّج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوّج بالمولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة: لا يستلزم انتفاء قول الأول: يخاطب الولي بأن لا يزوجها. فالجواب لا يلزم، فإن إذا قلنا: بأنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوّج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل قوله: **(وإن كان حاملاً)** يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة وطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره، فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه، وسنبين ذلك في مسئلة الصغير. وفي المنتقى إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين. وفي الخلاصة: كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها، والمتوفى عنها زوجها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله: **(وإن كانت)** أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله ﷺ «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»[1] ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت، وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفاً قوله: **(وإليه أشار عمر)** أي إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره. أخرج عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج عن عمر بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول: أخبرني رجل من ثقيف قال: سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفاً فعلت، فقال له رجل: لو جعلتها شهراً ونصفاً فسكت عمر[2]. ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقي سند عبد الرزاق، ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله: لأنه كان يتكلم في ذات الأقراء، والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن أيس منها، فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور، وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزىء فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة، وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة قوله: **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر أيام وعشرة أيام)** سواء كانت مدخولاً بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حرّ حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها. وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام، ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم﴾** [البقرة: ٢٤٠] الآية. والجمهور

بوضع الحمل، وقوله **﴿يتربصن بأنفسهن﴾** يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا: **قال عبد الله بن**

---

(١) تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٢٦ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٥ و ٢٥٦ والشافعي ٢/ ٥٧ كلهم عن عمر بن الخطاب.

besturdubooks.wordpress.com

عدتها وحل لها أن تتزوّج (وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال

على نسخها بآية الأشهر: أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإيقاف إلى الحول. وقال الأوزاعي: أربعة أشهر وعشر ليال، فلو تزوّجت في اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد: أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله ﷺ «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[1] فيجب كون المعدود الليالي وإلا لأنثه. قلنا: الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بإزائها من الأيام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال: لسبع خلون مثلاً ويراد كون عدة الأيام كذلك، وإن كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم، ثم ابتداء المدة من وقت الموت، وعن عليّ رضي الله عنه: من وقت علمها، حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور، وعنده رضي الله عنه: لا تنقضي العدة حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم. قلنا: قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقاً من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم التزوّج وقد وجد، ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده قوله: (وإن كانت) أي المتوفى عنها حاملاً فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملاً كذلك لإطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] وكان عليّ رضي الله عنه يقول: لا بد من الوضع والأربعة أشهر وعشر، وهو قول ابن عباس، لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل، وقوله تعالى ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] يوجبها عليها فيجمع احتياطاً. وفي موطإ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمٰن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال، فقال أبو سلمة: إذا وضعت ما في بطنها فقد حلت، وقال ابن عباس: آخر الأجلين، فقال أبو هريرة رضي الله عنه: أنا مع ابن أخي: يعني أبا سلمة، فأرسلوا كريباً مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي ﷺ يسألها عن ذلك، فأخبرهم أنها قالت: «ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: قد حللت فانكحي من شئت»[2] وفي الترمذي: «أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوماً». وأخرج البخاري عن ابن مسعود قال: أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة، لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى[3] يريد بالقصرى ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء﴾ [الطلاق: ١] والطولى البقرة، والمباهلة الملاعنة، كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا: بهلة الله على الظالم منا، وقيل: هي مشروعة في زماننا. وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ: من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشر[4]. وأخرجه البزار بلفظ: من شاء حالفته[5] وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في

مسعود: من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى: يعني سورة ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء﴾ إلى آخرها نزلت بعد التي في

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣٤، ٥٣٣٥، ٥٣٣٦ مسلم ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٩ وأبو داود ٢٢٩٩ والترمذي ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧ وابن حبان ٤٣٠٤ والنسائي ٦/ ٢٠١، ٢٠٢ والبيهقي ٧/ ٤٣٧ والبغوي ٧/ ٤٣٧ والشافعي ٢/ ٦١، ٦٢ ومالك في الموطأ ٥٩٦ حـ ١٠١، ١٠٢ كلهم عن زينب بنت أبي سلمة عن أم حبيبة، وعن زينب بنت جحش، وعن أم سلمة بحديث واحد ولفظ المصنف في روايتها عن أم حبيبة، وزينب بنت جحش وورد من حديث أم عطية أخرجه البخاري ٥٣٤٢ ٥٣٤١ ومسلم ١١٢٨ وأبو داود ٢٣٠٣ والنسائي ٦/ ٢٠٢، ٢٠٣ وابن ماجه ٢٠٨٧ وابن الجارودي ٧٦٦ والبيهقي ٧/ ٤٣٩ وأحمد ٥/ ٨٥، ٦/ ٤٠٨ والدارمي ٢/ ١٦٧، ١٦٨ والبغوي ٢٣٩٠ وابن حبان ٤٣٠٥.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٥ والترمذي ١١٩٤ والنسائي ٦/ ١٩٣ والدارمي ٢١٩٥ ومالك ٢/ ٥٩٠ وابن الجارود ٧٦٢ كلهم عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس، وأبا سلمة بن عبد الرحمن اختلفا في المرأة تنفس. . . .»

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٣٢ وطرفه في ٤٩١٠ وأبو داود ٢٣٠٧ والنسائي ٦/ ١٩٧ وابن ماجه ٢٠٣٠ كلهم عن ابن مسعود من قوله.

(٤) هو المتقدم.

(٥) أخرجه البزار في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٦ عن علقمة عن ابن مسعود بلفظ: من شاء حالفته أن. . .

besturdubooks.wordpress.com

أبو يوسف: ثلاث حيض، ومعناه إذا كان الطلاق بائناً أو ثلاثاً، أما إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالإجماع. لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة، بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه. ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً فيجمع بينهما، ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأة فعدتها على

مسند أبيه عن أبيّ بن كعب رضي الله عنه «قلت للنبي ﷺ ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] المطلقة ثلاثاً أو المتوفى عنها زوجها فقال: هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها»[١] وفيه المثنى بن صباح وهو متروك. وقول عمر: رواه في الموطإ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال: إذا وضعت حملها فقد حلت، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال: لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت[٢] وفيه رجل مجهول. وفي الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم «أنه دخل على سبيعة بنت الحرث الأسلمية فسألها عن حديثها، فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي، وكان ممن شهد بدراً، فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال: ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح، والله ما أنت بناكحة حتى تمرّ عليك أربعة أشهر وعشر، قالت: فلما قال لي: ذلك جمعت عليّ ثيابي حين أمسيت، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني أني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزوّج إن بدا لي»[٣] وكلما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة إلا بوضع الكل، فلو وضعت ولداً وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها: أفتاني أني قد حللت حين وضعت يردّ قول من قال: من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها، كأنهم أخذوه من قوله: فلما تعلت من نفاسها قال لها: انكحي من شئت. رتب الإحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به، لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع، ولو تزوّجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت قوله: **(وإذا ورثت المطلقة في المرض)** يتعلق بالمطلقة: أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فاراً ومات وهي في العدة **(فعدتها أبعد الأجلين)** أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض، فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم

سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال﴾ متأخر عن قوله ﴿يتربصن بأنفسهن﴾ فيكون ناسخاً في ذوات الأحمال **(وقال عمر: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوّج)** **(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين)** عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائناً أو ثلاثاً أبعد الأجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة **(عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ثلاث حيض وأما إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالإجماع. لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق)** لأن الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف، ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك.

---

(١) ضعيف. أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ١١٦ من حديث أبي بن كعب، وقوله المثنى بن الصباح واهٍ لا يحتج به البتة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٦: المثنى بن الصباح متروك بمرة، ورواه الطبري وابن أبي حاتم في تفسيريهما في سورة الطلاق من حديث ابن لهيعة عن عمرو به، وابن لهيعة أيضاً ضعيف، ورواه الطبري أيضاً من حديث ابن عيينة عن عبد الكريم بن أبي المخارق عن أبيّ بن كعب قال: أجل وكلّ حامل أن تضع ما في بطنها! وعبد الكريم مع ضعفه لم يدرك أبيّاً.

(٢) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٨٩ والشافعي ٢/ ٥٣ وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٥٧ كلهم عن ابن عمر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٥٧: في إسناده رجل مجهول وكذا قال الكمال بن الهمام مع أن الرجل لا بد أنه صحابي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣١٩، ٥٣٢٠ ومسلم ١٤٨٤ وأبو داود ٢٣٠٦ والنسائي ٦/ ١٩٦ وابن ماجه ٢٠٢٨ والبغوي ٢٣٨٨ وأحمد ٦/ ٤٣٢ والبيهقي ٧/ ٤٢٨، ٤٢٩ ومالك ٢/ ٥٩٠ كلهم من حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم عن سبيعة بنت الحارث.

besturdubooks.wordpress.com

هذا الاختلاف. وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر **(فإذا اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر)** لقيام النكاح من كل وجه **(وإن اعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو**

تستكمل أربعة أشهر وعشراً لم تنقض عدتها حتى تستكملها، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي، وإن مكثت سنين ما لم تدخل سن الإياس فتعتد بالأشهر. إذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر، إذ لا يصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض، وحقيقة الحال أنه لا بد من أن تتربص آخر الأجلين، وهذا الحكم ثابت في صور إحداها هذه. والثانية إذا قال لزوجته أو زوجاته: إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان. والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعداً، وسنفصلها إن شاء الله تعالى - ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثاً، أما إذا طلقها رجعياً فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث، بخلاف ما إذا طلقها بائناً في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق قوله: **(لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكماً له، وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس، وإنما بقي في حق الإرث)** لإجماع الصحابة رداً لقصده السيء عليه، وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة، بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه وإنما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه قوله: **(فيجمع بينهما)** أي بين عدة الطلاق والوفاة، وذلك لأنه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكماً، أما الأول فبفرض المسئلة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق. وأما الثاني فاعتبار قيام النكاح عند الموت فإن توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة، لكن بقي قول أبي يوسف: إن اعتباره قائماً لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة. وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به، فإذا بقي النكاح شرعاً في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بلازمه، وهذا هو معنى قول المصنف احتياطاً: قوله: **(ولو قتل على ردته إلخ)** جواب عن مقيس عليه مقدر لأبي يوسف، وهو أنه لو ارتدّ زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة، فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت، فأجاب بمنع حكم الأصل أوّلاً فقال: لا نسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها إليه أشار الكرخي، وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها

فإن قيل: لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث. أجاب بقوله إلا أنه بقي في حق الإرث: يعني بالدليل الدال على توريثها **(لا في حق تغيير العدة، بخلاف الطلاق الرجعي لأن النكاح باقٍ من كل وجه)** لما تقدم **(ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة)** وبيان الملازمة بقوله: **(احتياطاً)** بيانه أنه إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت، أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكماً، إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت، والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به، فإذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكماً ففي حكم العدة أولى، وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطاً. وقوله: **(ولو قتل على ردّته)** جواب عما استدل به أبو يوسف فقال: ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت. وتقريره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف

قوله: **(أو باعتبار إقامة العدة إلخ)** أقول: فيه تأمل، فإنها لا تنتهي بالموت وإنها موجودة في طلاق الصحيح إذا مات قبل انقضاء العدة قوله: **(لأنها عنده مسلمة)** أقول: ضمير عنده راجع إلى الموت.

sturdubooks.wordpress.com

الموت) (وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح، فظهر أنه لم يكن خلفاً وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني **(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد**

الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الإلزام ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاقي فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعاً قائماً إلى الموت، لأنه لو اعتبرت كذلك لم ترث إذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتباراً للردة موتاً حكماً وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان، غير أنه زال به إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة قوله: **(فإذا عتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه)** أي بعد الطلاق الرجعي، فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها، والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعاً بعدة الحرائر ثلاث حيض، كذا في الكافي. ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال: والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر، ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هو خلافية، وبقولنا قال الشافعي: في الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك. وقال مالك وأبو ثور: لا تكمل عدتها في الرجعي والبائن. وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من إثبات اعتبار بقائه كابتدائه. وجه قول مالك: أن بمجرد الطلاق ثم سبب عدة الإماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد، فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضي السبب. وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة، فالنكاح سبب العدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة، إذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفاً وتأسفاً، وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها في عدة النكاح لفاسد، وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صوّر الانتقال إلى جميع كميات العدة البسيطة وهي أربعة. صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعياً فعدتها شهر ونصف، فلو حاضت في أثنائها انتقلت إلى حيضتين. فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض، فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر قوله: **(وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور)** يمكن كون كان تامة: يعني إذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور قوله: **(ثم رأت الدم)** بعد انقضائها الأشهر أو في خلالها **(انتقض ما مضى من عدتها)** وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة، حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به، ويندرج في إطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله **(لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفاً)** وعلله بأن شرط الخلفية: أي خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** [الطلاق: ٤] الآية،

عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلاً. وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكروه في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأنها عنده مسلمة، والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق، فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكماً. وقوله: **(فإذا عتقت الأمة في عدتها)** ظاهر. واعترض بأن العدة حكم زوال الزوجية، وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي أن لا تتحول العدة في الرجعي أيضاً لأنها عند الزوال أمة ولهذا تعتدّ من وقت الطلاق. وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت،

قوله: **(وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال، إلى قوله: فلم تتحول العدة بالعتق)** أقول: لا يقال يرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لأن ذلك بالتبين إذا راجع، وأما إذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر في باب الرجعة.

. . . .

والإياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني، فإذا ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضاً، وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دماً فاسداً فلذا قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد، وعود العادة يبطل الإياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلاً كثيراً جعله احترازاً عما إذا رأت بلّة يسيرة ونحوها، وقيدوه أيضاً بأن يكون أحمر أو أسود، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضاً، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه: إذا رأته على العادة الجارية، وهو يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضاً مظهراً عدم انقضاء العدة بالأشهر، ثم أطلق المصنف انقضاء العدة والاستئناف، فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أو لا. وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين: في رواية لا تقدير فيه، وإياسها على هذا أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها، فإن رأت بعد دماً يكون حيضاً على الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح. ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزل. وفي رواية: يقدر بخمس وخمسين وهو رواية الحسن، وعليه أكثر المشايخ، وفي المنافع وعليه الفتوى. وعن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن، وعليه أكثر المشايخ، وفي المنافع وعليه الفتوى. عن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة، وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين، وبه قال الصفار. وقال أبو الليث: لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد، ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن. وقال الأقطع: فإذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضاً كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها. وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس، وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر: يعني وانقطع حيضها حكم بإياسها، فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضاً إنما يقتضي أن يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعاً. وقيل: يكون حيضاً ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح، لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص، فإذا رأته فقد وجد النص، بخلاف الاجتهاد فيبطل، كذا نقله بعضهم، وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير، وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض. وفي الغاية معزياً إلى الإسبيجابي على رواية عدم التقدير. قالوا: ولو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر، وهو المختار عندنا، فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين. وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض إذا حكم القاضي بالإياس، ويفيد الانتقاض بعدم حكمه به. ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض. ثم نقل قول ابن مقاتل: إنها محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها، أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضاً. وقال بعده بخطوط: وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقتضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالأشهر. قال: وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دماً يكون حيضاً، ويفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر، وإن كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالأشهر لا تبطل الأنكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض. ثم ذكر الخلاف صريحاً مبنياً على ما قلناه: من مجموع النوازل أن الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوّجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ رحمهم

ولهذا تحولت بالموت من الأقراء إلى الشهور، بخلاف البائن فإن سببه ليس بمتردد فلم تتحوّل العدة بالعتق. قوله: **(وإن كانت آيسة)** ظاهر. وقوله: **(وإذا رأت على العادة)** يعني إن رأت دماً سائلاً، وكان محمد بن إبراهيم الميداني يقول: إذا رأت دماً سائلاً كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض، وإن رأت بلة يسيرة لم تكن حيضاً بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض. وقوله: **(لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح)** قيد بالصحيح احترازاً عن قول محمد بن مقاتل

besturdubooks.wordpress.com

sturdubooks.wordpress.com

. . . .

الله، إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسداً. ثم قال: والأصح أن النكاح يكون جائزاً ولا يشترط القضاء. وفي المستقبل: العدة بالحيض انتهى. فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه، وهي تنتقض إذا رأته قبل انقضاء الأشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أو لا حكم بالأياس أو لا، وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقاً، تنتقض كذلك إذا رأته قبل تمام الأشهر، وإن كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الأنكحة قضي بالأياس أو لا، وهو قول الشهيد: تنتقض إذا لم يكن قضي بإياسها كما قلنا لا تنتقض إن كان حكم بإياسها، وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة، وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس. والقول الصحيح: لمصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض لا بالماضي، فلا تفسد الأنكحة المباشرة عن الاعتداد بالأشهر. وإذا عرفت هذا فقول المصنف: هو الصحيح احتراز عن كل قول: يخالف إطلاق الانتقاض مطلقاً كان أو مفصلاً، ومبنى مختاره على اشتراط تحقق الإياس لخلفية الأشهر بالنص، وإن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات، ولا شك في الأول، لكن كون تحققه موقوفاً على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلاً سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضي ذلك، ولا شك أن اليأس من مقولة الإدراك فإنه ليس إلا اعتقاد أن الشيء لا يقع أبداً، أما إنه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علماً حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا، ولذا قد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد، وكثيراً ما يقال في الوقائع: كنت أيست من كذا ثم وجدته. فإنما يستدعي سبباً له، وكونه بأن ينعدم الحيض ويمتد وينتفي مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه، وعلى هذا إذا رأته بعد الإياس لا ينتقض ما مضى، ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالأشهر لوقوعه معتبراً لوجود شرطه، ويبقى النظر بعد ذلك في أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد إلا بالحيض فيكون هذا ما صححه في مجموع النوازل، أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضاً كقول: الصفار وغيره، وهو ينبني على النظر فيما يترجح في هذا المرئي بعد الإياس أهو حيض أم دم فاسد، ولا تعلق له بالقضاء بالإياس وعدمه، إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الإياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخايل كونه امتداداً للطهر ولا يجوز في المستقبل إلا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجاً من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد، وقد علمت أن الإياس لا ينافيه، فإذا تحقق الإياس تحقق حكمه، وإذا تحقق حكمه، والله سبحانه أعلم. وأما كون العجز المستدام شرطاً في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعاً، والمسئلة نصية لا قياسية، نص تعالى على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص قوله: **(ولو حاضت حيضتين ثم أيست)** بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع، أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه. وقوله: **(تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل)** هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله: تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور. وأورد عليه أن المتوضىء إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يتيمم ويبني، وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيمان وهما بدلان. أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلاً من الوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء، والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة، ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي

الرازي فإنه كان يقول هذا إذا لم يحكم بإياسها، فأما إذا انقطع الدم عنها زماناً حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً. وقوله: **(تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل)** منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه

besturdubooks.wordpress.com

بالشهور) تحرزاً عن الجمع بين البدل والمبدل **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت)** لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو**

البعض على حاله، وبعض الشيء لا يكون خلفاً عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفاً عن نفسه، فإنما تكون الخلفية بشيء آخر قوله: **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً)** وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوّجة، فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها، وبه يفتى، كذا في الذخيرة. ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه قوله: **(عدتهما الحيض في الفرقة)** الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطىء على ترك وطئها **(والموت)** أي موت الواطىء وذلك لقوله تعالى **﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً﴾** [البقرة: ٢٣٤] ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوّج بنكاح صحيح، فالعدة في حقهما للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح. فتعرّف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء، وإنما وجبت في الصحيح ثلاثاً لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط، وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه، فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به، أو استحاضة معه عندنا، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة، بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيراً بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلاً وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة، بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له، ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد قوله: **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أعتقها فعدتها ثلاث حيض)** فإن لم تحض فثلاثة أشهر: يعني إذا لم تكن حاملاً ولا تحت زوج ولا في عدته، فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول. وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى. ولو مات زوجها ومولاها ولا يدري أيهما أوّل، فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائناً ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام، أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعداً، أو لا يعلم كم بينهما،

الحدث ولم يجد ماء فإنه يبني بالتيمم، وكذلك إذا عجز عن الركوع والسجود يومىء، وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل. وأجيب بأن البدلية إما أن تعتبر في الصلاة أو في الطهارة، وكلاهما غير صحيح. أما الأول فلأن الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لأن بعض الشيء لا يكون بدلاً عن كله. وأما الثاني فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لأن إحدى الطهارتين لا تكمل بالأخرى. وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وإكمال البدل بالأصل جمع بينهما. قال: **(والمنكوحة نكاحاً فاسداً)** كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا، والمحرم إذا نكحها المحرم عالماً بحرمتها عند أبي حنيفة **(والموطوءة بشبهة)** وهي التي زفت إلى غير زوجها فوطئها **(عدتهما الحيض في الفرقة الموت جميعاً لأنها)** أي لأن عدتها **(للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح إذ لا حق**

قوله: **(إذا عجز عن الركوع والسجود يومىء إلخ)** أقول: يعني بعد ما صلى أولها بركوع وسجود قوله: **(فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما إلخ)** أقول: يعني أن المراد بالجمع هو إكمال أحدهما بالآخر، وليس ذلك بموجود في الطهارتين فإنه لم يجمع بينهما في رفع حدث واحد بل رفع الحدث الأول بالماء والثاني بالتراب، نعم اجتمعا في صلاة واحدة قوله: **(وإما العدة بالشهور فبدل عن الحيض)** أقول: قال الله تعالى **﴿واللائي يئسن من المحيض﴾** الآية قوله: **(عالماً بحرمتها عند أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: يعني أنه فاسد عنده خلافاً لهما فإنه باطل عندهما، وسيجيء في الحدود.

besturdubooks.wordpress.com

أعتقها فعدتها ثلاث حيض. وقال الشافعي: حيضة واحدة) لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء. ولنا

ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر لأنه إن كان موت المولى أوّلاً فلا عدة منه لأنها ذات بعل، ثم موت الزوج بعده وهي حرّة موجب لأربعة أشهر وعشر، وإن كان موت الزوج أولاً لزمها شهران وخمسة أيام، ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لأنها معتدة ولا لتغيرها لأنها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشراً وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر، وفي الثاني يجب أن تعتد بأبعد الأجلين: يعني تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض، لأن السيد إن كان مات أولاً ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا، وإن كان الزوج مات أوّلاً فعدتها شهران وخمسة أيام، ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لأنه بعد انقضاء عدة الزوج، فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض، فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بأن تعتد بأكثر ما يلزمها، وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه. وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال أن الزوج هو المتأخر، ولا يعتبر فيها الحيض لأن سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد، والاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لأنه العمل بأقوى الدليلين، ولا يخفى أنه مشترك الإلزام قوله: **(وقال الشافعي: حيضة واحدة)** وهو قول مالك وأحمد، وقولهم قول ابن عمر وعائشة. وعند سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والأوزاعي وإسحاق أنها تعتد بأربعة أشهر، وقولنا: قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري. وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوّج إن شاءت إذا لم تكن حاملاً، وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجليّ وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة، وهذه المسئلة قياسية، ولا شك أنه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين: زوال ملك اليمين، وزوال الفراش. فقاسوا على الأول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء. وقلنا: تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق، وهذا أرجح لأن العدة مما يحتاط في إثباتها، فالقياس الموجب للأكثر واجب الاعتبار على أن التحقيق أنه لا معارضة بينهما في إيجاب الزائد على الحيضة، وذلك لأن نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس إلا تعدية حكم الأصل وهو وجوب التربص حيضة فقط، وعدم وجوب الزائد بالعدم الأصلي لا أنه مقتضاه، فإن أثر العلة فيه وفي كل قياس إنما هو في تعدية حكم الأصل لا في غيره بنفي ولا إثبات، ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه. فإذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه، ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم إيجابه عن المعارض. وعلى هذا التحقيق فالمعارضة إنما تثبت بين كل قياسين إذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر، وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من أنه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الأصل بنفي ولا إثبات، فإذا كان في الفرع

للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرّف) ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت. فإن قيل: فعلى هذا وجب أن يكتفي بحيضة واحدة أو شهر كما في الاستبراء وليس كذلك؟ أجيب بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقاً للشبهة بالحقيقة، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فإنهما يفيدان إفادة الصحيح، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك، وههنا أيضاً لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه، فإن عدة الوفاء لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطاً **(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض. وقال الشافعي: حيضة واحدة)** وهو مرويّ عن ابن عمر قال عدمها أثر ملك اليمين **(لأنها تجب بزواله وكان كالاستبراء)** ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة **(ولنا أنها أثر زوال الفراش)** لأنها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا

besturdubooks.wordpress.com

أنها وجبت بزوال الفراش فأغلبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض **(ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر)** كما في النكاح **(وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها)** وهذا عند

جامعان بلا مانع أحدهما يقتضي فيه حكماً وجودياً والآخر غيره بالكلية فإنه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر، اللهم إلا أن يقال: يجوز القياس والتعليل لنفي حكم، فإن النفي حينئذ مقتضاه، وفيه كلام في الأصول ومن اختاره شرط كون العلة أمراً عدمياً. والمحققون على نفيه لأن العدم لا يؤثر شيئاً، وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد: في عدم الخمس في موضع لأنه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فإنما حقيقته بناء الحكم على العدم الأصل بناء على أنه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطاً به الخمس إلا ذلك، وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس: أي يبقى على عدمه الأصلي لا أنه إلحاق بجامع مؤثر، بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه، فإن الجامعين متظافران على إثبات ذلك البعض، وينفرد أحدهما بإثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر قوله: **(وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه)** روى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص: أمر أم الولد إذا عتقت أن تعتدّ ثلاث حيض، وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه، فأما أنه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم. وليس يلزم من القول: بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة، ألا يرى إلى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص أنه قال بها في العتق. وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال: لا تلبسوا علينا سنة نبينا، عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر[1]. لكن قال الدارقطني: وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع، وهو عندنا غير ضائر إذا كان قبيصة ثقة. وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن عليّ وعبد الله قالا: ثلاث حيض إذا مات عنها: يعني أم الولد. وأخرجه عن إبراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء، فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف، إلا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله، والمتحقق أنها مختلفة بين السلف وهو راجع إلى اختلاف الرأي، وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا قوله: **(وإذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل)** احتراز عما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فإنها تعتد بالشهور اتفاقاً ثم معرف ذلك أن تضع لأقل من ستة أشهر من موته في الأصح، فإذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد، وإن وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوماً بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقاً. وقيل: المحكوم بحدوثه أن تلده لأكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لأن التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس إلا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين قوله: **(وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر)** وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يحك في الظاهر خلاف. ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم، وقول فخر الإسلام

يكتفي بحيضة واحدة. والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما، وإمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض، وهو المروي عن عليّ وابن مسعود **(وإن كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح)** وقوله: **(وإذا مات الصغير عن امرأته)** ظاهر. وقوله: **(كالحادث بعد الموت)** يعني

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٠٨ وابن ماجه ٢٠٨٣ والحاكم ٢/٢٠٩ والدارقطني ٣/٣٠٩ والبيهقي ٧/٤٤٧ و٤٤٨ وابن الجارود ٧٦٩ كلهم عن عمرو بن العاص وكذا ابن حبان ٤٣٠٠.
قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
وقال الدارقطني: قبيصة لم يسمع من عمر بن العاص.
قال البيهقي: قال أحمد بن حنبل: هذا حديث منكر والصواب أنه موقوف اهـ.
يعني كله موقوف والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر، وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت. ولهما إطلاق قوله تعالى: **﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** ولأنها

وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فإنما هي رواية عنه، وكذا قال شمس الأئمة. وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس، وهو قول زفر انتهى. وإذا قال أبو يوسف في المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تعتدّ بوضعه مع أنه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول: في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فإنما هي رواية شاذة، وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة، ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق. أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد. وعلى هذا الخلاف إذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملاً من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتدّ بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به، وإنما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لأنه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لأنه يمنع العقد على الحامل من الزنا، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لأنه شبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالأشهر. وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير، هكذا حمل منفي النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير **(ولهما إطلاق قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [**الطلاق: ٤**]) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره **(ولأنها)** أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت **(مقدرة بوضع الحمل في أولات الأحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها)** أي لشرع عدة الوفاة **(بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى)** وهو قضاء حق النكاح **(ويتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه)** كما يتحقق في الكبير والنسب منه. وتلخيص هذا الوجه أنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع أنه لقضاء حق النكاح إظهاراً لخطره متعرضاً فيه لإلغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه، ودليل الإلغاء شرع الأشهر مع تحقق الأقراء، وبه يظهر فساد ما ذكروه من صورة القياس، فإن حقيقته ليس إلا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فإنه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتفٍ في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلاً عن مساواته، لكن لا يخفى أن كون الاعتداد بالوضع ليس إلا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح، وقدمنا أن شرعيته لكل من الأمرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان، فالأولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقاً للقضاء، فإنه إذا ثبت أمر للأعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفي أيضاً. واعلم أن قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف: أعني المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أن عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها إن كانت تعجلتها إضافة للحادث وهو الحمل الحادث إلى أقرب زمانه قوله:

بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ. وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين. قال في النهاية: والأول أصح، وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية. **(ولهما قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾)** من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة. وقوله: **(ولأنها مقدرة)** دليل معقول لهما. وتقريره: عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة. وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهي واضحة، وبين الأولى بقوله: **(لشرعها)** أي لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء: يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعرّف على ما

besturdubooks.wordpress.com

مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل

(بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف، والحاصل أنه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتاً حال الموت وإن كان لفظ الآية مطلقاً يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك. والفرض أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالأشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض أن العدة تثبت لا يتوقف فإنما تثبت بالأشهر، وبهذا لزم أن مراد الآية بأولات الأحمال أولات الأحمال حالة الفرقة قوله: **(ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته)** بأن جاءت بولد لأقل من سنتين مع حدوثه في نفس الأمر حيث تعتد بالوضع لا بالأشهر مع فرض حدوثه في نفس الأمر. وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فإنه محكوم بثبوت نسبه شرعاً وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت، والأصل التوافق بين الحكمي والواقع إلا أن يتحقق خلافه، فوجب كونه قائماً عند الموت حقيقة وحكماً حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم أن تعتد بالأشهر، وعند التأمل لا معنى للإيراد المجاب عنه بما ذكر أصلاً قوله: **(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين)** أي في الحادث بعد الموت وغيره لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق. وقوله والنكاح يقوم مقامه: أي مقام العلوق في موضع التصور لأن الشيء إنما يقدر تقديراً إذا أمكن تصوره تحقيقاً قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة ثلاث حيض كوامل)** لأنه مسمى الاسم في ثلاثة قروء، وقوله عليه الصلاة والسلام «وعدتها حيضتان»[1] قوله: **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)** من أجنبي أو من الزوج، ووافق الشافعي في أحد قوليه فيما إذا كان الواطىء المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور. منها التي زفت إلى غير زوجها، والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي، والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة، أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة، أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج، ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك، وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله. وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، وإذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى، ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الأولى

مر، وفيه بحث لأن الضمير في قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة في أولات الأحمال أو إليها مطلقاً، ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحيض عندنا ولا إلى الثاني لأن المدعي عدة الوفاة في الحامل، ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم. والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقاً: يعني أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الأحمال ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة، والدليل إذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة، وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف. وقوله: **(بخلاف الحمل)** جواب عن قوله فصار كالحادث بعد

قال المصنف: **(لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر)** أقول: والظاهر أنها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضاً إلا أنه بنى الكلام على الواقع إن قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لا ماء فيه هنا قال المصنف: **(لكن لقضاء حق النكاح)** أقول: يعني المغلب ذلك قوله: **(لأن الحامل لا تحيض عندنا)** أقول: ولأن عدتها ليست بالأشهر قوله: **(ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل إلخ)** أقول: ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضاً.

---

(١) تقدم في ٢/٣١١ باب العدة وإسناده واهٍ.

besturdubooks.wordpress.com

الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكماً **(ولا يثبت نسب الولد في الوجهين)** لأن الصبي لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق، والنكاح يقوم مقامه في موضع التصوّر **(وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق)** لأن العدة مقدرة، بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه**

فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني، وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الأول لأنها في عدته ولا يخطبها غيره، فإن كان الأول طلقها رجعياً فله أن يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر، وإن طلقها بائناً فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدّة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه، وكذا إن كانت العدتان بالشهور، قالوا: والخلاف مبني على أن ركن العدة ماذا؟ فعند الشافعي كفّ النفس عن الحرمات في مدة معينة، فإذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكفّ عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان، لأن هذا الكفّ عبادة والعبادات لا تتداخل، إنما التداخل لائق بالعقوبات، ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد. وعندنا أن الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة. ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوّج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهاراً للصائم ونحو ذلك، ومعنى العبادة تابع بدليل أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف، ونحن نستأنف الكلام ونقول: لا شك أنه يثبت عند تمام سبب العدة أمور: هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوّج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها، ووجوب التربص في تلك المدة أيضاً الثابت بقوله تعالى ﴿**والمطلقات يتربصن**﴾ [البقرة: ٢٢٨] مع أن هذا الوجوب لا بد أن يثبت لازماً للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس إلا فعل المكلف، والتربص وإن كان الانتظار فهو من أفعال النفس، فإن أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات إلى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كون كف النفس عنه أو حبسها، فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق، وحينئذ يكون حاصل ﴿**يتربصن**﴾ [البقرة: ٢٢٨] نهياً عن تلك الأمور لأنه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى ﴿**وذروا البيع**﴾ [الجمعة: ٩] نهياً عنه فالثابت تحريم

الموت: يعني إنما كانت عدتها بالشهور لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقاً للنكاح بآية التربص **(فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل)** لأنها عدة أولات الأحمال بالنص **(فافترقا)** أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده. فإن قيل: إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملاً فقد ألزمناها العدة بالشهور، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله: **(ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان)** أي الحمل **(كالقائم عند الموت حكماً)** تبعاً لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكماً، وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة **(ولا يثبت النسب في الوجهين)** يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت، ووجه الحادث بعده **(لأن الصبي لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق)** فإن قيل: النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله ﷺ «الولد للفراش» أجاب بقوله: **(والنكاح يقام مقامه)** أي مقام الماء **(في موضع التصوّر)** وقوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته)** ظاهر. قال: **(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)** إذا وجبت على المرأة عدتان: فإما أن تكونا من رجلين، أو من رجل واحد، فإن كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثاً فتزوّجها في العدة ووطئها أو وطيء المطلقة ثلاثاً وقال ظننت أنها تحل لي أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان، وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء. أو من

قوله: **(وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها)** أقول: يعني كالمتوفى عنها زوجها.

besturdubooks.wordpress.com

المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا. وقال الشافعي: لا تتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كفّ عن التزوّج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل وقد حصل بالواحدة فتتداخلان،

هذه الأمور، ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة إلا عند علمها بالسبب، إذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم إنما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب، والمقدمة القائلة إن الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها إذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لأن الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب، بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف، أو علمت ثم لم تكف: أي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت إلى حد الزنا إلى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلاً على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف، بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة، فعلم أن تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم ولإظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الأقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة، ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات، ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الأمور، أما على التربص ففي قولنا: وجبت العدة ونحوه، وأما على نفس المدة ففي نحو قولنا: انقضت العدة وما سنذكر أيضاً، وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا أنها الركن، لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا؟ فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى، وهو قوله عز وجل **﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾** [الطلاق: ٤] أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص، وقوله تعالى **﴿يتربصن﴾** إنما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة، وقد قلنا: إن كلا من الأمور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه، وأما قوله تعالى **﴿أجلهن أن يضعن حملهن﴾** [الطلاق: ٤] **﴿حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** [البقرة: ٢٣٥] **﴿فإذا بلغن أجلهن﴾** [البقرة: ٢٣٤] فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين، ثم الثابت بمضي هذا الأجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما، ولا دليل فيه أيضاً إلا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا

جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية. وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضاً، والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة، وإن لم تكن رأت شيئاً فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي: **(لا يتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة: أي عبادة الكفّ عن التزوّج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد)** فإن العدة كفّ عن التزوّج والخروج كما أن الصوم كفّ عن اقتضاء الشهوتين، فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة **(ولنا أن المقصود من العدة التعرّف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرّف بالعدة الواحدة فيتداخلان)** وقوله: **(ومعنى العبادة تابع)** جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة، والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع

قوله: **(والدليل على معنى العبادة، إلى قوله: وموجب النهي التحريم)** أقول: مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ. ثم أقول: بل موجبه كف النفس عن المنهي عنه على ما حقق في الأصول إلا أن يكون مراده موجبه في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ما ذكره المصنف فليتأمل قوله: **(فإن ركنه الكف لقوله إلخ)** أقول: يعني أنه مأمور به وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفاً قوله: **(لكن لا نسلم جواز التداخل إلخ)** أقول: لا وجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة الممنوعة بالدليل. ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقض الإجمالي قوله: **(وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء إلخ)** أقول: ما تقول في الصغيرة التي لا تحتمله فإنه تجب العدة إذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ.

sturdubooks.wordpress.com

ومعنى العبادة تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكفّ **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)** تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب، ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت

في التربص، وأما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فإنما يقتضي أن المراد بها فعل كالتربص والكفّ وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي إلا ظاهراً، وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني. فتلخص أنه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل. وحينئذ نقول: لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات، بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة، وذلك لأن العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها، فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازماً لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبني ما هو. والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقاً، إذ لا دليل يوجب كونه وجب إيجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقاً أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة. نعم هو له عرضية أن يصير عبادة، فإن البالغة العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتساباً لله وقصداً لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب إيقاعه كذلك لما ذكرنا قوله: **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)** فلو لم تر فيها دماً يجب أن تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض قوله: **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل، فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا: عدة الطلاق إلى الشرط، فالأولى أن يقال: لأن عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة قوله: **(ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة)** بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوّج أختها أو أربعاً سواها. وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها، ولذا فصل السعدي حيث قال: ما ذكر محمد: يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد. قال

أن ركنها حرمة الازدواج والخروج، قال الله تعالى ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح﴾ الآية وقال ﴿ولا يخرجن﴾ الآية، وموجب النهي التحريم. وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم، وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فإنها حرام له لصومه ولكونه خمراً وليمينه، بخلاف الصوم فإن ركنه الكفّ لقوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ ولن يجتمع الإمساكان في يوم واحد، واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله: **(ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف)** يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها. واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك، لكن لا نسلم جواز التداخل وإلا لجاز التداخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها. وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق، فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء، لأن العدة يكتفي في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة، والمتوفى عنها

besturdubooks.wordpress.com

الإقرار نفياً لتهمة المواضعة **(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطىء على ترك وطئها)** وقال زفر: من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب. ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة

محمد: وعلى هذا إذا فارقها زماناً ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت، ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط، وعلى قول: هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوّج بأختها وأربع سواها، وعرف أن تقييده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار، وأن سقوط النفقة والسكنى على قول: هؤلاء إنما هو إذا صدقته، أما إذا كذبته في الإسناد فلا، وكذا إذا قالت: لا أدري، فالحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ: أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق في الإسناد، ثم المراد من قوله: ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب، فإن كان غائباً فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته. ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب؟ ينبغي أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقيمت البينة فقضي بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء قوله: **(أو عزم الواطىء)** بأن أخبرها أنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه، أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده. وفي الخلاصة: والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كقوله: تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها إما عدم المجيء فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة قوله: **(ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة)** لاستناد الكل أي كل الوطآت **(إلى حكم عقد واحد)** وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحداً يكتفي بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أيّ وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإذا تزوّجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك. عاد هذا التقدير فنقول: إن تركها حتى حاضت ثلاث إلخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال: عزمت على تركها احتسبت بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين، وعندنا لا تحتسب بها **(ولأن التمكن)** من الوطء **(على وجه الشبهة)** بسبب ذلك العقد **(أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق**

زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة صيانة لماءي الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه كماء الثاني. وعن الثاني بأنا لا نسلم الملازمة لأن التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود، لأن المقصود من الأولى تعرف الفراغ، ومن الثانية إظهار خطر النكاح فرقاً بينه وبين الاستبراء، ومن الثالثة إظهار شرف الحرية، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة، وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرّف عن فراغ الرحم وكان السؤال وارداً عليه. وقوله: **(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور)** ظاهر. قال في المبسوط: لو تزوّجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق

قوله: **(وعن الثاني بأنا لا نسلم الملازمة إلخ)** أقول مقابلة المنع إذا حمل على ظاهره قوله: **(وفيه نظر لأن المصنف إلخ)** والصحيح في الجواب أن يقال: المقصود من العدة هو التعريف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا، بخلاف ما إذا تكرر فإنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له، ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة فليتأمل.

sturdubooks.wordpress.com

لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد، فقيل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره **(وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين)** لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع **(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها**

غيره) أي في غير الواطىء وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائماً ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو المتاركة صريحاً فلا تثبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر.
ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول: طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحاً فيما بينه وبين الله تعالى إنما اشتراط كونها بعد الترك في القضاء قوله: **(فالقول قولها مع اليمين)** لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوماً عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا قوله: **(كالمودع)** إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع أن عليه اليمين إذا كذبه. وعكس هذه المسئلة إذا قال الزوج: أخبرتني بأن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها: إلا أن يبين ما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها، ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوّج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه: قوله: **(وإذا طلق الرجل امرأته)** المدخول بها **(طلاقاً بائناً دون الثلاث ثم تزوّجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** وقال زفر

بينهما فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضاً. قال: **(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق)** ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق **(وفي الوفاة عقيب الوفاة)** لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة **(فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب)** فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها. قال محمد: إذا فارق الرجل امرأته زماناً ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت **(ومشايخنا)** يريد علماء بخارى وسمرقند **(يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة)** بجواز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة لأن يتزوّج أختها أو أربعاً سواها. وقال في الذخيرة: اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الإقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق: يعني حتى لا يتزوج بأختها وبأربع سواها زجراً له على الكتمان، لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقها وقد أقرت بسقوطه **(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق)** بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما **(أو عزم الواطىء على ترك وطئها)** والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه **وقال زفر: (من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب)** للعدة إذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة **(ولنا أن كل وطء وجد في العقد)** وتقريره القول بالموجب، وهو أن يقال: سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد **(بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل إلى عقد واحد ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد)** وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم، لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها. وتجريد هذه النكتة: العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم، فالعدة لا تثبت إلا بالتفريق أو العزم، أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين

قوله: (أما إنها لا تثبت إلا بآخر وطأة إلى قوله: فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول: فيه بحث قال المصنف: **(مع جواز وجود غيره) أقول:** بالنسبة إلى الموطوءة فإنها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل، وفيه بحث إذ مر آنفاً أن معنى العبادة تابع في العدة، فإذ حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغي أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: عليه نصف المهر وعليه إتمام العدة الأولى) لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول، إلا أنه لم يظهر حال التزوّج الثاني، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه، كما لو اشترى أم

نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمي فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الأولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها إتمام العدة. لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوّج ولا تجب عدة بالطلاق والثاني ولإكمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول: كذلك غير أن إكمال العدة الأولى وجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوّج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه قوله: **(كما لو اشترى أم ولده)** أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولد أعتقت، وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فإنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجباً بالطلاق السابق، وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الأنساب، فإنه لو كان تزوّجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة من الطلاق، وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير. ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى، وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ

الخصم، وأما أن آخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره. وقوله: **(ولأن التمكن على وجه الشبهة)** دليل آخر. وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة، وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم، فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء، وإذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقياً كان الوطء باقياً فلا يتعين آخر الوطآت إذ التمكن باقٍ بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت. فإن قلت: لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية النسب إليهما. قلت: قد أشار إلى الجواب بقوله: **(ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره)** أي غير الواطىء وهو الذي يريد أن يتزوّجها، وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها، ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكتتين، ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عذره وجهد المقل دموعه. وقوله: **(وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي)** ظاهر. وقوله: **(فتخلف كالمودع)** يعني إذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فإن القول قوله مع يمينه لأنه أمين، وما على الأمين إلا اليمين. قال: **(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً)** قال في النهاية: هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أو لا؟ فعند محمد لا يكون وعندهما يكون. وصورة المسألة المذكورة في الكتاب ظاهرة. وجه قول محمد إن هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فإن قيل: فعلام يجب عليها إكمال العدة الأولى؟ أجاب بقوله: وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول لا أنه لم يظهر حالة التزوّج الثاني لعدم اختلاط المياه، فإذا طلقها ثانياً بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها إكمال العدة الأولى **(كما لو اشترى أم ولده)** أي منكوحته التي ولدت منه **(ثم أعتقها)** فإنه يجب عليها ثلاث

قال المصنف: **(كما لو اشترى أم ولده)** أقول: أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين، ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح. ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت قوله: **(تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ)** أقول: في دلالته على ما ذكره تأمل، بل دلالته على أنه كذلك حكماً إلا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى.

sturdubooks.wordpress.com

ولده ثم أعتقها، ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر: لا عدة عليها أصلاً لأن الأولى قد سقطت بالتزوّج فلا تعود، والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا. قال **(وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة، فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملاً، وهذا كله عند أبي حنيفة، وقالا: عليها وعلى الذمية العدة)** أما الذمية

هي أثره، فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضاً كالغاصب إذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف. لأنا نقول: نحن ما جعلنا النكاح الثاني قائماً مقام النكاح والدخول من كل وجه، بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط، فلا يلزم منه إقامته مقامه في حق جميع الأحكام وإلا كان إقامة في حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط في انقطاع الرجعة؛ ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة؛ فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق، وهذه إحدى المسائل المبنية على هذا الأصل: وهو أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني أولاً. وثانيها لو تزوّجها نكاحاً فاسداً ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوّجها صحيحاً وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما، لو كان على القلب بأن تزوجها صحيحاً أولاً ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوّجها في العدة فاسداً لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الأولى بالاتفاق. والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئاً حكماً لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئاً بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر. وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائناً ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائناً قبل الدخول هل يكون فاراً أو لا؟ ورابعاً لو تزوّجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوّجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملاً وعدة مستقبلة عندهما استحساناً، وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها إتمام العدة الأولى. وخامسها تزوّجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول. وسادسها تزوّجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوّجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وسابعها تزوّجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوّجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها. وثامنها تزوّجها ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها. وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوّجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول. وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوّجها في العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول قوله: **(وإذا طلق الذمي الذمية)** أو مات عنها **(فلا عدة عليها)** فلو تزوّجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم، بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده قوله: **(وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة)** ليس بقيد بل المعتبر أن تصير

حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوّجها وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضاً فوجبت حقاً للفساد، وهما يعتبران من الإعتاق أيضاً ويلزمها الإحداد، وأما الثالثة فإنها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد **(ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره)** أي والحال أنه بقي أثره: أي أثر الوطء الأول **(وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة)** بالدخول في النكاح الأول **(ناب ذلك القبض)** الذي كان بالدخول **(مناب القبض)** أي الدخول **(المستحق في هذا النكاح)** فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني

besturdubooks.wordpress.com

فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم، وقد بيناه في كتاب النكاح، وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب

بحيث لا يمكن من العود إما بخرجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها **(فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملاً)** وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة، وعنه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء **(وقالا عليها)** أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة **(وعلى الذمية العدة. أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح)** أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك: وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز إلى آخره، أو المراد كلاً من الاختلافين **(وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة)** لمسلمة في دار الإسلام **(لو وقعت بسبب آخر)** غير التباين في دار الإسلام كالمطاوعة والموت والطلاق **(وجبت العدة فكذا بسبب التباين)** وإنما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يحض الخارجية مسلمة، ولو لم يحض بها لم تظهر الملازمة عليه لأنه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية إذا كانوا يدينون ذلك قوله: **(بخلاف ما إذا هاجر الزوج)** مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم صار مسلماً أو ذمياً **(وتركها)** فإنه لا عدة عليها هناك إجماعاً حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها كما دخل دار الإسلام **(لعدم تبليغ الأحكام)** لها في دار الحرب لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك أنها حق الآدمي فنخاطب بها. وقوله: **(وله قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** [الممتحنة: ١٠] بعد قوله تعالى **﴿إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات﴾** [الممتحنة: ١٠]، والزيادة على النص لا تجوز بالظني، وقوله تعالى **﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾** [البقرة: ٢٢٨] في المطلقات، فإلحاق التباين بالطلاق قياساً يقيده بما بعد العدة، ولا تجوز الزيادة بالقياس، هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة، والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لأن التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء، ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة

فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة. فإن قيل: لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقباً للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول، وليس كذلك فإن الطلاق بائن. أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما، حتى لو طلقها بعد خلوة كان الواقع بائناً وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح. وقوله: **(فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول)** تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق، وقول زفر على ما ذكره واضح. وقوله: **(وجوابه ما قلنا)** إشارة إلى قوله وإكمال العدة الأولى وإلى قوله ولهما أنها مقبوضة في يده إلخ **(وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا)** مراغمة على نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبداً، يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم، والإسلام ليس بشرط. قال الإمام التمرتاشي: إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً والآخر على حربه فقد زالت الزوجية، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها، وإنما قيد المصنف قوله مسلمة بياناً لأحسن حالاتها **(فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة. وقالا: عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم)** يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك **(وقد بيناه في كتاب النكاح)** يعني في باب نكاح أهل الشرك **(وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق ووجبت العدة فكذا بسبب التباين، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها)** في دار الحرب **(لعدم تبليغ أحكام الشرع إياها**

قوله: **(وإنما قيد المصنف بقوله مسلمة إلخ)** أقول: إنما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأولى قال المصنف: **(إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة)** أقول: ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله.

sturdubooks.wordpress.com

التباين، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ. وله قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك إلا أن تكون حاملاً لأن في بطنها ولداً ثابت النسب. وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والأول أصح.

في النكاح الصحيح. وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح، فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والإحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر، وإن اعترافا بعدم الدخول لأنها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما، وتقدمت هذه في باب المهر وأن هذا قول القدوري ومن تبعه، ومختار غيرهم: وجوب العدة في كل صور الخلوة، وعدة المستحاضة كغيرها لأنها تردّ إلى أيام عادتها، فإن نسيت اعتدت بثلاثة أشهر، وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر، فإما أن يكون الطلاق أو الموت في غرّة الشهر أو في أثنائه. ففي الأوّل يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالأهلية، وفي الثاني قال أبو حنيفة: تعتبر الأيام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة. وقال محمد: تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهلية وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام. وعن أبي يوسف روايتان كالقولين: آخرهما كقول محمد رحمه الله.

وله قوله تعالى **﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص. وقوله: **(ولأن العدة حيث وجبت)** دليل معقول. وتقريره: العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لأنها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك. وقوله: **(إلا أن تكون حاملاً)** يجوز أن يكون استثناء من قوله، والحربي ملحق بالجماد معنى لأن معناه والحربي لاحق له **(إلا أن تكون امرأته حاملاً لأن في بطنها ولداً ثابت النسب)** والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله، الا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملاً لا يزوجها مولاها، وإذا كانت حائلاً جاز له ذلك، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائماً، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين، ولا كذلك إذا لم يكن. ولقائل أن يقول: قوله تعالى **﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾** مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل، فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة. والجواب أن قوله ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقينّ ماءه زرع غيره» مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا، والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد، بخلاف الحبلى من الزنا لأنه لا نسب له.

قوله: **(أمنع من احتماله)** أقول: فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال قوله: **(والجواب أن قوله ﷺ: من كان يؤمن بالله إلخ)** أقول: فيه بحث، والأصوب التشبث بقوله تعالى **﴿وأولات الأحمال﴾** الآية، فإن المراد أولات عند الفرقة ولا فرقة في الزنا، ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء قوله: **(والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح إلخ)** أقول: قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح أن امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربي فينبغي أن يجوز.

besturdubooks.wordpress.com

فصـل

قال: **(وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد)** أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر

فصـل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فإنه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها قوله: **(وعلى المبتوتة)** يعني ويجب بسبب التزوّج على المبتوتة وأصله المبتوتة طلاقها، ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً أو واحدة بائنة ابتداء، ولا نعلم خلافاً في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح؟ قال محمد في النوادر: لا يحلّ الإحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو في الزوج خاصة، قيل: أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام، والتقييد بالمبتوتات يفيد نفي وجوبه على الرجعية، وينبغي أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها، لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه قوله: **(فلقوله ﷺ إلخ)** في الصحيحين من حديث زينب بنت أبي سلمة قالت: توفي حميم لأم حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت: إنما أصنع هذا لأني سمعت رسول الله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[١] والحميم القريب. وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه مفسراً هكذا: لما توفي أبوها أبو سفيان. وفي لفظ البخاري فيه «فوق ثلاثة أيام» ولا يخفى أنه لا دليل فيه على إيجاب الإحداد لأن حاصله استثناؤه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه. وما قيل من أن حل الإحداد نفي الإحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا إحداد إلا من زوج فإنها تحد، وذلك يقتضي الوجوب لأن الإخبار يفيده على ما عرف، ومن أن نفي حل الإحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه من الإيجاب فيكون إيجاباً، لأن الأصل أن يكون المستثني من جنس المستثنى منه غير لازم، إذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفي له عن الوجوب لغة أو شرعاً ليتضمن الاستثناء الإخبار بوجوده بل نفي له عن

فصـل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب، يقال بتّ طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها، والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث، وهي المختلعة والمطلقة ثلاثاً والمطلقة بتطليقة بائنة **(وعلى المبتوتة والمتوفى زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد)** وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها. وأصل الحد المنع، يقال أحدت المرأة إحداداً فهي محدة منعت نفسها، وحدت تحد حداداً **(أما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر**

فصل وعلى المبتوتة

قوله: **(وخضابها بعد وفاة زوجها)** أقول: الأولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة قوله: **(وقال في النهاية: يمكن أن يقال، إلى قوله: وهذا أنسب ما وجدت في الشروح)** أقول: إن أراد اتحاد النفيين فظاهر أنه ليس كذلك، وإن أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم، ثم أقول: لو صح ما ذكره لا طرد في أمثاله وليس كذلك قوله: **(قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم إلخ)** أقول: ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فإنها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا.

---

(١) تقدم في ١/ ٣١٣ مستوفياً من وجوه

besturdubooks.wordpress.com

وعشراً» وأما المبتوتة فمذهبنا. وقال الشافعي: لا حداد عليها لأنه وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته. ولنا ما روي أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء. وقال

الحل، ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالإباحة والندب ولا وجوب. وأيضاً استثناء الإحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الإحداد، واتحاد الجنس حاصل مع هذا، فإن المستثني والمستثنى منه الإحداد، ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالأول، فلذا قال ظهير الدين: وما فاهوا به بما فيه ثلج الفؤاد. وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل. ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب «أن رسول الله ﷺ رخص للمرأة أن تحدّ على زوجها حتى تنقضي عدتها، وعلى من سواه ثلاثة أيام»[١] والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه ﷺ قال «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً»[٢] فإن فيه تصريحاً بالإخبار، ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوماً بإرادة الإخبار بوجوب فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر، ولم يخف أن الإخبار الموجب للوجوب الإخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعاً مثلاً إذ قال: الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد: ثابت شرعاً فإنه أعم. ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه ﷺ قال «لا تحدّ امرأة على ميت فوق ثلاثة إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار»[٣] فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد، والنبذة بضم النون الشيء اليسير، والقسط والأظفار نوعان من البخور، رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته. وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضاً قالت «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء؟ فقال رسول الله ﷺ: لا مرتين أو ثلاثاً، كل ذلك يقول لا، ثم قال: إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول»[٤] قالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشاء ولبست شرّ ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة، ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات، ثم تخرج فتعطي بعرة فترمى بها، ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره. الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة: البيت الصغير قريب السقف

أن تحدّ على ميت فوق ثلاث أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً» وفي وجه الاستدلال به إشكال لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال، وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب. وقال في النهاية: يمكن أن يقال قوله ﷺ «لا يحل» نفي لإحلال الإحداد ونفي إحلال الإحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة. وكان تقرير الحديث: لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً فكان هذا حينئذ إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً لأن إخبار الشارع آكد من الأمر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح. فإن قيل: الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى **﴿لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم﴾** فكيف صار واجباً بالخبر معاوضاً للكتاب؟ أجيب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والأسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود **(وأما)** وجوب الإحداد على **(المبتوتة فمذهبنا. وقال**

---

(١) مرسل. أخرجه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٠ وهو مرسل حسن.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٩٠ والنسائي ٦/ ١٨٩ ومالك ٢/ ٥٩٨ والشافعي ٢/ ٦١ والطحاوي ٣/ ٧٦ والبيهقي ٧/ ٤٣٨ وأحمد ٦/ ٢٨٦، ٢٨٧، ١٧٤ كلهم عن عائشة وحفصة وكذا ابن ماجه ٢٠٨٥، ٢٠٨٦.

(٣) تقدم في ٣/ ٣١١ أيضاً.

(٤) تقدم في ٣/ ٣١١.

صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٣٧ ومسلم ١٤٨٩ وقد تقدم في ٣/ ٣١١.

besturdubooks.wordpress.com

«الحناء طيب» ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها **(والحداد)** ويقال الإحداد وهما لغتان **(أن تترك**

حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل: أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه، فلا يكاد يعيش ما تفتض به، فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك. وقيل الافتضاض الإنقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه، والأول أحسن قوله: **(وقال الشافعي رحمه الله لا إحداد عليها)** أي على المبتوتة لأنه لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحبتها إلى الموت، بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثاً فإنه موحشها وخلعه لأنها راغبة فيه لمكان سؤالها. قلنا: في محل النزاع نص، وهو ما روي عنه ﷺ «أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال: الحناء طيب»[1] ذكره السروجي حديثاً واحداً وعزاه للنسائي هكذا، ولفظه: «نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال: الحناء طيب»[2] والله أعلم به. ويجوز كونه في بعض كتبه. وأما جعله حديثين حديث «الحناء طيب»[3] المتقدم، وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت «قال رسول الله ﷺ وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة: لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب، قلت: فبأي شيء أمتشط يا رسول الله؟ قال: بالسدر تغلفين به رأسك»[4] فمع الطعن في إسناده لا يفيد المقصود فإنه في معتدة عن وفاة. ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح، وبتقدير تسلم أن ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضاً إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد

الشافعي: لا حداد عليها لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفي بعهدها إلى مماته. وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوته. ولنا ما روي «أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال: الحناء طيب») رونه أم سلمة، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعي قال: المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوباً مصبوغاً ولا يخرجن من بيوتهن. وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده. وقوله: **(ولأنه وجب)** دليل معقول، ويجوز أن يكون بياناً لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة، وتقريره أن النص ورد في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف، ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى

قوله: **(ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها)** أقول: فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة. والجواب أن كونها معتدة متردد غير متبين ما دامت في المدة، فإذا انقضت ولم يراجعها ظهر أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال قوله: **(ويجوز أن يكون بياناً لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة)** أقول: فيه بحث قوله: **(ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح إلخ)** أقول: ظاهر قوله ﷺ إلا على زوجها يدل على أنه لفوات الزوج فليتأمل.

---

(١) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٢) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٣) تقدم في كتاب الحج باب الجنايات.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٣٠٥ وذكره عبد الحق في أحكامه كما في نصب الراية ٣/ ٢٦١ من حديث أم سلمة.
قال الزيلعي: قال عبد الحق: ليس لهذا الحديث إسناد يعرف اهـ.
وكذا أخرجه النسائي ٦/ ٢٠٤، ٢٠٥ أيضاً من طريق أبي داود.
ذكره المنذري في مختصر أبي داود ونسبه للنسائي وقال: وأمها مجهولة اهـ.
لأن الحديث عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها فهذا ما عناه المنذري بقوله أمها مجهولة، وقال ابن حجر في التقريب عن أم حكيم: لم أقف على اسم أمها.

besturdubooks.wordpress.com

الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر، وفي الجامع الصغير إلا من وجع) والمعنى فيه وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كي لا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرّم، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال. والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر، ولهذا يمنع المحرم عنه قال: إلا من عذر لأن فيه ضرورة، والمراد الدواء لا الزينة. ولو اعتادت الدهن فخافت وجعاً، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها لأن الغالب

والدنيا فإنه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج، وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعاً في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعاً لما يدافع عن أداء الواجب، وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضاً عند قوله: وفيه وجهان إلى آخره، لكن ظاهره أنه ذكر على أنه علة أخرى، والتحقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات ما قلناه، بخلاف ما هو دواعيه، وكل من الأمرين يستقبل بالحكم، فإذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم، ففي المبتوتة إن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف مطلقاً ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى **﴿لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم﴾** [الحديد: ٢٣] فلا يكون الإحداد في المتوفى عنها منوط لزم كون وجوبه تبعاً للعدة بالنص أو معلولاً بالآخر فقط، لكن منع بأن المراد بقوله تعالى **﴿لكيلا تأسوا﴾** الآية، الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح، نقل عن ابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً[1] قوله: **(والحداد ويقال الإحداد)** فمن الأول يقال: حدّت المرأة تحدّ من باب ويضر من باب ضرب أيضاً حداد فهي حاد، ومن الثاني يقال: أحدت تحد إحداداً فهي محد قوله: **(أن تترك الطيب)** ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه قوله: **(وقد صح أن النبي ﷺ[2])** تقدم قوله: **(والدهن لا يعرى عن نوع طيب)** إما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته، وقد وقع للزيلعي مخرج الأحاديث هنا وهم، وذلك أنه جعل لفظة

كأن لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها فكان إلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأفيف. فإن قيل: إن تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لأنها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه، فكيف تتأسف؟ فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر بالموضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات والدين. لا يقال: لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضاً لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما. لأنا نقول: النص لم يرد إلا في الزوجات، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لأنهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز في التقلب ولا كذلك الأزواج. وقوله: **(والحداد ويقال الإحداد)** تعريف للحداد، وكان موضعه أول الكلام، وأتى بالجامع الصغير لأن لفظه يخالف لفظ القدوري، وفي الوجع إشارة إلى أن العذر هو التداوي لا الزينة. وقوله: **(والمعنى فيه)** أي في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها **(وهي ممنوعة عن النكاح)** ما دامت في عدة الوفاة أو الطلاق **(فتجتنبها كي لا تصير ذريعة)** أي وسيلة **(إلى الوقوع في المحرم)** وهو النكاح **(وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال)** روي عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت

قوله: **(روي عن أم سلمة رضي الله عنها، إلى قوله: فقال ﷺ: لامرتين أو ثلاثاً)** أقول: فإن قيل: مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا: الجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها. قال الكمال الدميري في شرح منهاج النووي: زاد عبد الحق فيه أنها قالت: يا رسول الله إني أخشى أن تفقأ عينها، قال: وإن انفقأت اهـ.

---

(١) غريب. ولا يصح مرفوعاً فهو لا يشبه كلام النبوة وإنما ورد نحوه عن ابن عباس موقوفاً: ليس أحد إلا وهو يفرح ويحزن ولكن من جعل المصيبة صبراً وجعل الفرح شكراً. أخرج الحاكم في المستدرك ٢/ ٤٧٩ عند هذه الآية وكذا السيوطي في الدر ٦/ ١٧٦.

(٢) يشير المصنف إلى ما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما من حديث زينب عن أم سلمة عن أمها: «أن امرأة توفي عنها زوجها فخافوا على عينيها فأتوا النبي ﷺ فاستأذنوه في الكحل فقال رسول الله ﷺ: لا حتى تمضي أربعة أشهر وعشراً» وقد تقدم تخريجه في ٣/ ٣١٣.

besturdubooks.wordpress.com

كالواقع، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به **(ولا تختضب بالحناء)** لما روينا **(ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا بزعفران)** لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال: **(ولا حداد على كافرة)** لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع **(ولا على صغيرة)** لأن الخطاب موضوع عنها **(وعلى الأمة الإحداد)** لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس

الدهن عطفاً على الاكتحال فقال عن المصنف أنه ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن، فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال: وأما الدهن فغريب وهو سهو، فإن الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه إلحاقاً قوله: **(قال: إلا من عذر)** لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة، وذهبت الظاهرية إلى أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث حيث نهى نهياً مؤكداً عن الكحل التي اشتكت عينها، والجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها، وكذا قال المصنف، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات، وقد جاء في حديث أم حكيم أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك: «دخل عليّ رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت عليّ صبراً، فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ فقلت: إنما هي صبر يا رسول الله؟ فقال: إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب»[1] الحديث رواه أحمد وغيره، لكن أمها مجهولة، وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط، وأطلقه الأئمة الثلاثة، وقد ورد في الحديث مطلقاً، وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها، وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل تحتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة. نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل. وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة، واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمعناه نحن والشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به، وأجازه الإمامان والظاهرية قوله: **(لعذر)** كالحكمة والقمل والمرض، وقال مالك: يباح لها الحرير الأسود والحليّ، والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفيه، وقد صرح بمنع الحليّ في الحديث على ما سنذكره، ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا العصب فشمل منع الأسود قوله: **(لأنه يفوح إلخ)** يفيد أنه إذا كان خلقاً لا رائحة له يجوز. وفي الكافي قال: إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة، وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوباً غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها.

وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت: قال النبي ﷺ «لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحليّ، ولا تختضب ولا تكتحل»[2] هذا لفظ أبي داود. والمشق المغرة، ولا تلبس

«جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ وقالت: إن زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ لا، مرتين أو

فهذا يدل على ما ذهب إليه الظاهرية إلا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل قال المصنف: **(ولا حداد على كافرة)** أقول: قال ابن الهمام: ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة. ولا مجنونة، خلافاً للشافعي ومالك رحمهما الله ومالك لأنه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة. قلنا: يجب الحداد عند فقد الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به، ولهذا

---

(١) ضعيف. تقدم تخريجه في ٤/٣٣٨.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٣٠٤ والنسائي ٦/٢٠٣، ٢٠٤.

وابن الجارود ٧٦٧ والبيهقي ٧/٤٤٠ وأحمد ٦/٣٠٢ وابن حبان ٤٣٠٦ كلهم من حديث أم سلمة.

ورجاله ثقات رجال مسلم إلا أن له علة حيث أخرجه عبد الرزاق ١٢١١٤ والبيهقي ٧/٤٤٠ من هذا الوجه عن أم سلمة موقوفاً، فالحديث ينزل عن درجة الصحة لهذه العلة.

قوله: الممشقة: المشق بالكسر: المغرة وهو لون ليس بناصع الحمرة أو شقرة بكدرة، وثوب ممشق: مصبوغ.

besturdubooks.wordpress.com

إبطال حق المولى، بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته. قال: **(وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد)** لأنها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل **(ولا ينبغي أن**

العصب عندنا. وأجاز الشافعي رقيقه وغليظه، ومنع مالك رقيقه دون غليظه. واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره، في الصحاح: العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك، وفي المغني: الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب، وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمين فيها بياض وسواد، ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر قوله: **(ولا حداد على كافرة)** لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة، خلافاً للشافعي ومالك لأنه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة. قلنا: يجب الحداد عند موت الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به، ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر»[1] الحديث. قولهم كما تعم العدة عليهن. قلنا: العدة قد تقال: على كفّ النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعاً عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة، فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعاً، ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يؤثمن لعدم التكليف به. نعم قد ثبت على الكافرة العدة خطاب عدم التزوّج لحق الزوج، فإن في العدة بهذا المعنى جهتين قوله: **(وعلى الأمة الحداد)** يعني إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن، وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى، وليس في الإحداد فوات حقه في الاستخدام، بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها في العدة ثبت ذلك، فقلنا: لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها، وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لفناه، قال تعالى **﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾** [الأنعام: ١١٩] فإن قيل: لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء

ثلاث» وقوله: **(والمراد والدواء)** يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله: **(لما روينا إشارة إلى قوله ﷺ «الحناء طيب» قال: (ولا حداد على كافرة)** هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية. ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم، أما الكافرة وهي الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر» وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها، وذكر الأمة في أثنائها استطراداً وهو ظاهر، وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف، والأصل هو الإباحة في الزينة لا سيما في النساء،

شرط الإيمان فيه حيث قال ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم والآخر» الحديث. قولهم كما تعم العدة عليهن. قلنا العدة: قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعاً عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة، فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعاً ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به. نعم قد يثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتين اهـ. في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لأنه لم لا يجوز أن يكون للأولياء.

---

(١) صحيح. تقدم في ٣/ ٣١٣ مستوفياً رواه الجماعة.

besturdubooks.wordpress.com

تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى: **﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾** إلى أن قال **﴿ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** وقال عليه الصلاة والسلام «السرّ النكاح» وقال ابن عباس رضي الله عنهما: التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوّج. وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول

المنكوحة. فالجواب أنها لم تفت لقيام الحل والكفاية، غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحطّ من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك، ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثراً باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من أنها سبب لصونها وكفاية متونتها، وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد، وبهذا التقرير يندفع إشكال أنه لا ينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتفصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة، إلا أنه لم يظهر لكونها حلال حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب لا فائدة فيه لأن لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة قوله: **(وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو إعتاقها حداد)** وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسداً لأنهن ما فاتهن نعمة النكاح **(والأصل الإباحة)** أي إباحة الزينة، وهذا لأن بالإعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف، والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر. وأورد عليه أنه فوات علة معينة، وقدم المصنف للإحداد علة أخرى وهو كون هذه الأشياء دواعي الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد. وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته، بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجوداً وعدما، كذا قيل وهو بالضعيف جدير. وفي النهاية: تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الإحداد بفوات نعمة النكاح، والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء قوله: **(ولا بأس بالتعويض في الخطبة)** أراد المتوفى عنها زوجها، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع، فإنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلاً فلا يتمكن من التعرض على وجه لا يخفى على الناس، ولإفضائه إلى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال: **﴿لا جناح عليكم فيما عرضتم به﴾** [البقرة: ٢٣٥] يقول إني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة، وقال القاسم: يقول: إنك علي كريمة وإني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيراً أو نحو هذا[١]. وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير **﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** [البقرة: ٢٣٥] قال: يقول: إني فيك لراغب وإني لأرجو أن نجتمع[٢] وليس في هذا تصريح بالتزوّج والنكاح، ونحوه إنك لجميلة أو صالحة، ولا يصرح بنكاحها فلا يقول: إني أريد أن أنكحك أو أتزوّجك. وسبك

قال الله تعالى **﴿قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده﴾** فإن قيل: قد ذكر المصنف أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها، فإن فات الأول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لأنهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما، وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني. أجيب بأن الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح، والحكم يدور على العلة دون الحكمة، وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال. ووجهه أنه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الإباحة الأصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة **(ولا ينبغي أن تخطب المعتدة)** لقوله **﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾** **(ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾** إلى أن قال **﴿ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾)** وقال ﷺ «السرّ النكاح» وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلاً على الحكمين جميعاً، والتعريض أن تذكر شيئاً تدل به على شيء آخر، وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب، ومعنى قوله **﴿أكننتم في أنفسكم﴾** أي

---

(١) موقوف. أخرجه البخاري ٥١٢٤ عن ابن عباس وكذا البيهقي ٧/ ١٧٨.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/ ١٧٩ عن سعيد بن جبير من قوله.

besturdubooks.wordpress.com

المعروف: إني فيك لراغب وإني أريد أن نجتمع **(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها)** أما المطلقة فلقوله تعالى: **﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾** قيل الفاحشة نفس الخروج، وقيل الزنا، ويخرجن

الآية **﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به﴾** أي فيما ذكرتم لهن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن **﴿أو اكننتم﴾** أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضاً ولا تصريحاً **﴿علم الله أنكم ستذكرونهن﴾** فاذكرونهن **﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾** [البقرة: ٢٣٥] أي نكاحاً فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سراً لأنه سبب السر الذي هو الوطء فإنه مما يسر، وحديث «السرّ النكاح»[١] المذكور في الكتاب غريب **﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾** والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن، وهو منقطع لأن القول المعروف ليس داخلاً في السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذي صورته وهو فاذكروهن، والله أعلم قوله: **(وبعض الليل)** يخصه من التعليل قوله: وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، وقد روى عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل. قال الحلواني: هذه الرواية صحيحة لأن المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها، والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي، وقد مر قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لأن نفقتها عليها وعسى لا تجد من يكفيها مئونتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى. ويعرف من التعليل أيضاً أنها إذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلاً ولا نهاراً. والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره، فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها قوله: **(أما المطلقة فلقوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾)** [الطلاق: ١] الآية اشتملت على نهي الأزواج عن إخراجهن غضباً عليها وكراهة لمساكنتهم أو لحاجتهم إلى المساكن، وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لأنه أوقع بلفظ الخبر **﴿إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾** [الطلاق: ١] قيل الفاحشة نفس الخروج، قاله النخعي، وبه أخذ أبو حنيفة، وقيل الزنا، فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول: ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف، وقال ابن عباس: الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على أحمائها. وقول ابن مسعود: أظهر من جهة وضع اللفظ لأن ـ إلا أن غاية ـ والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي أبدع وأعذب في الكلام، كما يقال في الخطابيات: لا تزني إلا أن تكون فاسقاً، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم ونحوه، وهو بديع بليغ جداً يخرج إظهار عذوبته عن غرضنا قوله: **(حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهاراً)** لأنها قد تحتاج

سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معروضين ولا مصرحين، والمستدرك بقوله **﴿ولكن لا تواعدوهن﴾** محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سراً: أي وطأ لأنه مما يسر، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا، والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن: أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة، كذا في الكشاف، وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب **(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل)** الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو إن خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائباً أو لا تقدر على الأجرة **(والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها، أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى ﴿واتقوا ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾)** واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج، قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة، فيكون معناها: إلا أن يكون خروجها فاحشة، كما يقال لا يسبّ النبي عليه الصلاة والسلام إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقاً **(وقيل هي الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن)** قاله ابن مسعود، وبه أخذ أبو يوسف، وقال ابن عباس: هي نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٢: غريب وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٧٩: لم أجده اهـ.

besturdubooks.wordpress.com

لإقامة الحدّ، وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، ولا كذلك المطلقة لأن النفقة دارّة عليها من مال زوجها، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهاراً، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها **(وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت)** لقوله تعالى: **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾** والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه، ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها «اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» **(وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم)** انتقلت، لأن هذا انتقال بعذر، والعبادات تؤثر فيها الأعذار فصار كما إذا خافت على

كالمتوفى عنها. وقيل لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في إبطال حق عليها، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وصححه في جامع قاضيخان، وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فإن مئونة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، وأما أن يحل لها الخروج فلا. والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع، فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة قوله: **(ولهذا)** أي لأن البيت المضاف إليها هو الذي تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى منزلها ذلك فتعتد قوله: **(وقال ﷺ)**[1] تأييداً للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله ﷺ قد ثبت على وفق ما قلناه: أنه مدلول الكتاب، وهو ما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن ذريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري «أنها جاءت رسول الله ﷺ فتساله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة وأن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه: وقالت: فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك لي مسكناً يملكه ولا نفقة، فقالت: قال رسول الله ﷺ: نعم قالت: فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله ﷺ، أو أمر بي فنوديت له فقال: كيف قلت؟ قالت: فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي، قال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فلما كان عثمان أرسل إليّ فسألني عن ذلك فأخبرته فأتبعه»[2] انتهى، ورواه مالك في الموطإ وابن حبان في صحيحه، وأخرجه الحاكم عن إسحاق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعاً ولم يخرّجاه. قال محمد بن يحيى الذهلي: هذا حديث صحيح محفوظ. وهما اثنان: سعيد بن إسحاق وهو

أحماء زوجها. وقوله: **(وأما المتوفى عنها زوجها)** واضح. وقوله: **(وقال ﷺ للتي قتل زوجها)** هي فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري «لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله ﷺ استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها، فأذن لها رسول الله ﷺ، فلما خرجت دعاها رسول الله ﷺ فقال لها: أعيدي المسئلة، فأعادت فقال لها: لا حتى يبلغ الكتاب أجله» يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك. وفي هذا الحديث دليل على حكمين. على أنها يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج، وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز، فإنه ﷺ لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله: **(والأولى**

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٣٠٠ والترمذي ١٢٠٤ والنسائي ٦/ ١٩٩، ١٩٩، ٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٣١ والدارمي ٢٢٠٢ وابن الجارود ٧٥٩ والبيهقي ٧/ ٤٣٤ والبغوي ٢٣٨٦ والحاكم ٢/ ٢٠٨ والشافعي ٢/ ٥٣، ٥٤ وابن سعد ٨/ ٣٦٨ وأحمد ٦/ ٣٧٠، ٤٢٠، ٤٢١ ومالك ٢/ ٥٩١ كلهم من حديث زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان أخبرتها فذكره.
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ.
وهو كما قالوا إسناده متصل ورجاله ثقات.

besturdubooks.wordpress.com

متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه **(ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به)** لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لأنه عذر، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها **(وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن، وإن**

أشهرهما وإسحاق بن سعد بن كعب، وقد روى عنهما جميعاً يحيى بن سعيد الأنصاري، وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى. وقول ابن حزم: زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحاق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح، فإن سعيد بن إسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة. وقال الترمذي: حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحدة، وقد قال ابن البرّ إنه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به، وأما ما روى الدارقطني أنه ﷺ أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت[1] فقال فيه: لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف. وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضاً ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط، وأبو بكر بن مالك أضعفهم، فلذلك أعله الدارقطني به. وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه قوله: **(وصار كما إذا خافت على متاعها اللصوص إلخ)** إي فإنها تخرج لأنه عذر. وإذا خرجت إلى منزل للعذر صار الثاني كالأول فلا تخرج منه إلا لعذر وتعيينُ الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها لأنها مستبدة في أمر السكنى حتى أن أجرة المنزل إن كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه، وكذا في الزوج الغائب، ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الأجانب لأنه كالخروج إلى السكة، ولهذا يقطع السارق بإخراج المتاع إليه، فإن لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج إلى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها قوله: **(ثم لا بد من سترة بينهما)** يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالأجنبية، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها. ثم لابأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل، وإنما اكتفى به لأن الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقاً فحينئذ تخرج لأنه عذر، والأولى أن يخرج هو، وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج، الأولى أن يخرج هو، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به، كما يقال: إذا تعارض محرم ومبيح المحرم أو فالمحرم أولى، ويراد ما قلنا، وهذا لأنهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه، ومتى انتقلت فتعيين المكان إليه كما ذكرنا آنفاً قوله: **(وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها)** المقصود إذا سافر بها فإما رجعياً أو بائناً، ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم، وإن كان بائناً أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر، فإن شاءت مضت إلى

أن يخرج هو ويتركها) لأن مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى. وقوله: **(وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج)** يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها في أمر السكنى. وقوله: **(وإذا خرجت المرأة مع زوجها**

قوله: **(وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز إلخ)** أقول: كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك، فإن المذهب أن الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتأمل. ذكره ابن الهمام في آخر القسم قوله: **(ورعاية الواجب أولى)** أقول: بل رعاية الواجب واجب.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣١٦ من حديث عليّ.
وقال لم يسنده غير أبي مالك النخعي، وهو ضعيف ومحبوب هذا ضعيف أيضاً اهـ.

besturdubooks.wordpress.com

ضاق عليهما المنزل فلتخرج، والأولى خروجه، **وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها)** لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء **(وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)** معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج. قال: **(إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج**

المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء سفر. وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج، كذا في الدراية، وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه. أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر، والرجوع ليس بسفر، وأما إن كان دونها فترجع أيضاً لأنها كما رجعت تصير مقيمة، وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد، فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك، كذا في النهاية وهو أوجه قوله: **(ومعناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام)** فصاعداً، فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد قوله: **(إلا أن يكون)** استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت: أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة سواء كان معها محرم أو لا. وحاصل وجوه المسئلة: إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي. وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع، أو كان أحدهما سفراً والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفراً دون اختياره، فإن كان كل منهما سفراً فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو

إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لأنه لا يخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعداً، فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها، أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضي إلى مقصدها يكون سفراً والرجوع لا يكون، وأما إذا كان أقل منها فلأنها كما رجعت صارت مقيمة، وإذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل إلى المقصد، فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضاً ثلاثة أيام أو أقل، فإن كان ثلاثة أيام فهي بالخيار إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسئلة في الخروج إلى مكة وغالب طرقها مفازة فلا بد من الخروج. قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لأنها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك. قال المصنف: **(إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج)** وإن كان أقل مضت إلى مقصدها لأنها إذا مضت لا تكون منشئة سفراً ولا سائرة في العدة مدة السفر، وإن رجعت كانت منشئة سفراً فلهذا مضت إلى مقصدها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتماداً على أنه يفهم من الشق الأول، لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار، فإذا كان أحدهما أقل تعين. وقوله: **(إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر)** استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت: يعني أن لها الخيار

قوله: **(وإذا مضت كانت مسافرة)** أقول: في الأغلب زوالاً فيجوز أن يكون بين مصرها ومكة مدة السفر، فالأولى أن يعلل بما يشمل تلك الصورة قوله: **(لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق)** أقول: فيما إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر إلا أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله يقول: هو بناء على الخروج الأول لا أنه إنشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئه فتدبر قوله: **(وقوله وهذا عذر إشارة إلى نكتة أخرى إلخ)** أقول: يعني سلمنا أنه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر. فإن قيل: المباح في كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى. قلنا: لا نسلم أنه بمعنى المرخص، فإنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت في مصر يباح لها أن تخرج وترجع إلى مصرها فمحمل الأولى ذلك فتأمل.

sturdubooks.wordpress.com

إن كان لها محرم) هذا عند أبي حنيفة وقال: **(أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد)** لهما أن نفس الخروج مباح دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم. وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى.

مصر، فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أولاً، لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج، والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا، وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى، بخلاف المفازة، فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالا: تخرج وهو قول: أبي حنيفة أوّلاً، وقوله: الآخر أظهر. لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر، وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إجماعاً لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد، ومتى قلنا لها أن تخرج إلى ما دون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة، إذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة. وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر، فالعدة أولى، وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم، وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة. وفي البدائع: لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرماً بلا خلاف، وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة، ومثله في المحيط، وفيه: البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر، في الكلأ والماء، فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك، وإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات، والله سبحانه أعلم.

في ذلك إلا إذا كانت المفارقة في مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد، ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم، وإذا ارتفعت الحرمة عاد مباحاً. وقوله: **(وهذا عذر)** إشارة إلى نكتة أخرى هي أن التربص على المعتدة في منزلها وإن كان واجباً لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى القربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظراً إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم. ولأبي حنيفة أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح.

bestudubooks.wordpress.com

باب ثبوت النسب

(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوّجها فهو ابنه وعليه المهر) أما النسب فلأنها فراشه، لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوّجها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب

باب ثبوت النسب

أعقبه العدة لأنه مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال، أي في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة قوله: **(ومن قال إن تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوّج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوّجها)** لا أقل ولا أكثر **(فهو ابنه وعليه المهر)** يريد من وقت تزوّجها لأنه قرن اليوم بفعل لا يمتد، وقد نبه المصنف على هذه الإرادة لأنه لما علل ثبوت نسبه بأنها فراشة قال: في إثبات كونها فراشاً لأنها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد أن المراد بلفظ اليوم الوقت، وهذا لأن الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وإن لطف كما قيل لأنه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار إلى تحقق زمان يسع التلفظ بأنت طالق كما حققناه في الطلاق لأنه ثبوت حكمي، وإذن فيكون العلوق مقارناً للنكاح فيثبت النسب، وتصور العلوق مقارناً للنكاح ثابت بأن تزوّجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الإنزال النكاح، والأحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الإنزال. وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارناً للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه، وقد يقال: الفراشية أثر النكاح: أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش. نعم إذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق

باب ثبوت النسب

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر والأحمال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب **(ومن قال إن تزوّجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوّجها)** أي من وقت تزوجها لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت: يعني من غير زيادة ولا نقصان **(فهو ابنه وعليه المهر، أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لأن الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وإن لطف فيكون العلوق قبله)** أي قبل الطلاق **(في حالة النكاح)** فإن قيل: هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوّج وقع الطلاق، وبدون ذلك لا يثبت النسب، ألا ترى أن نسب ولد جاءت به إمرأة الصبي لا يثبت، لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلاهما فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارناً للطلاق، لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون

باب ثبوت النسب

قال المصنف: **(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق إلخ)** أقول: وفي الوقاية من قال لها إن نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اهـ. وقال العلامة صدر الشريعة في تعليلها لأنه لا يبعد أن الزوج والزوجة وكلا بالنكاح، فالوكيلان أنكحاها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق، ولا يعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان، فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الإمكان اهـ. وفيه بحث، وكيف يقدر واللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح قوله: **(قرن بفعل غير ممتد)** أقول: يعني التزوج قوله: **(فهو ابنه)** أقول: كان الظاهر فهو ولده، ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل.

sturdubooks.wordpress.com

يحتاط في إثباته، وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئاً حكماً فتأكد المهر به **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها)** لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة

له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به، فإن هذا الكون إنما يثبت بعد العقد، إلا إن قلنا: إن العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه. وتقرير قاضيخان أن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارناً للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلاً قبل زوال الفراش فيثبت النسب، يعني: أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه، لأن زواله أثره. لا يقال مقتضاه أن يكون جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح، إذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر، وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل. لأنا نقول: إنما لم يثبتوه في الأقل لأن العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح. وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق، وهو منتف هنا لأنه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك، ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان، ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في إثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما، وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال، فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهراً يقتضي ثبوته، وليت شعري أيّ الإحتمالين أبعد؟ الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوّجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد، أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره، ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ: لا يحتاج إلى هذا التكليف بل قيام الفراش كاف، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوّج المشرقي بمغربية. والحق أن التصور شرط، ولذا لو جاءت امرأة الصبيّ بولد لا يثبت نسبه، والتصوّر ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنياً، وأما لزوم المهر كاملاً فلأنه لثبوت النسب منه جعل واطئاً حكماً فعليه المهر. وما قيل: لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لأن الحبل قد يكون بإدخال الماء الفرج دون جماع فنادر، والوجه الظاهر هو المعتاد. وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف، أما النصف فللطلاق قبل الدخول، وأما المهر فللدخول انتهى. وعبارة أبي يوسف في الأمالي على ما نقله الفقيه أبو الليث: ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول، قال:

العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب. فإن قيل: هذا في غاية الندرة، فكيف يبنى عليه الحكم؟ أجاب بقوله **(والنسب يحتاط في إثباته)** يعني وإن كان نادراً لكن النسب يحتاط في إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر، هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان، وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان ثابتاً على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه، وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلقت حكمنا بأنه لا عدة لها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوّج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق، فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره، فجعلنا العلوق منه احتياطاً لأمر النسب، إذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات

قوله: **(وبدون ذلك لا يثبت النسب)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى الوطء قوله: **(وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب إلى قوله: ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم إلخ)** أقول: وأنت خبير بأن تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان مما يتعسر على حذاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر قوله: **(والطلاق والواقع من حيث الظاهر إلخ)** أقول: فإنه كان مبنياً على النكاح، فإذا بطل بطل.

besturdubooks.wordpress.com

. . . .

إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال: لا يجب إلا مهر واحد لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى. وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله يلزوم مهر ونصف، بل ظاهرة في نفيه ذلك لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك. وإنما اشتبه وجوب الزيادة لأنها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول، ولا يحكم بذلك وإلا لم يثبت النسب لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة، بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح، فأقل الأمر كونه قبله أو لا مشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب. واعلم أنه إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوّره ليس إلا بما ذكر من تزوّجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوّج وقد حكم فيه بمهر واحد صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقاً ومنسوباً وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها عليه مهران: مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوّج قبل تمامه، ومهر بالنكاح لأن هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصناً مشكلاً لمخالفته لصريح المذهب، وأيضاً الفعل واحد، وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به، بخلاف ما لو قال: إن تزوّجتها فهي طالق ونسي فتزوّجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لأن الطلاق قبل الوطء، أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره. وفي شرح أبي اليسر قال: إن تزوّجتها فهي طالق ثلاثاً فتزوّجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحدّ ويجب مهر المثل، وقالوا: يجب عليهما، قال: قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال إليه لم يكن مخطئاً، ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وإن حرمت عليه بالثلاثة فلم يبق بنكاح ولا عدة، ولكن لما كان فصلاً مجتهداً فيه لم ينقطع النسب قوله: **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر)** ولو عشرين سنة أو أكثر **(ما لم تقرّ بانقضاء عدتها)** فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوماً على قول أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار كذبها، وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها إذا ادّعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه. وأما ثبوت نسب ولد الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين فظاهر، وأما ثبوته إذا جاءت به لأكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بأن امتد إلى ما قبل سنتين من مجيئها به أقل ثم وطئها فحبلت، وعن هذا حكمنا بأنها إذا جاءت به لأكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين لا تثبت رجعتها، فإن العلوق يحتمل أنه كان في العصمة كما يحتمل أنه كان في العدة وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر، والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لأنه هو المعتاد، وما قضت به العادة أرجح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضاً فيها، إذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ. فإن قيل: هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر. قلنا: الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة، وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر أنها في العدة ولأن فيه إنشاء نكاح وإبقاء الأول أسهل وأخف قوله: **(والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين)** لأنه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب

وذلك لا يجوز فجعلناه منه، وأما المهر ذكره في الكتاب وهو واضح، وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر، أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول. وقوله: **(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية)** ظاهر. وقوله: **(ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك)** قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعاً لأن الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة فتثبت به المرجعة. وأجيب بأن في حمل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعاً لها بدون الإشهاد

besturdubooks.wordpress.com

الطهر **(وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة)** وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مرجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك **(وإن جاءت به لأكثر**

(وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام. قيل إن هذه الرواية مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوي والأقطع، والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب أيضاً وهي قوله: وأكثر مدة الحمل سنتان فإن فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى إنهم أثبتوا النسب إذا جاءت به لتمام سنتين، وإن لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات، فأما قوله إن لفظ الحديث إلى آخره فليس بصحيح[1] لأن حاصله أنه لا يمكث الولد في البطن أكثر من سنتين، وهذا لا يقتضي أنها إذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا إذا كان العلوق حال قيام الفراش. والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من أنه يجعل العلوق في حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش قوله: **(إلا أن يدعيه)** استثناء من قوله: لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق: أي لم يثبت في حال من الأحوال إلا في الحال التي هي دعواه لأنه التزمه، وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة في العدة، وهل يشترط تصديق المرأة؟ فيه روايتان. والأوجه أنه لا يشترط لأنه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض، ولهذا لم يذكر الاشتراط في رواية الإمام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل، وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها. واعترض بأن هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من أن النسب لا يثبت من المبانة بالوطء في العدة، ونص في التبيين أن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل، وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود. وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثاً والمطلقة على مال، ويحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض، وليس بشيء لأن المراد من المذكور هناك إذا لم يدع شبهة، والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة، والمعتدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الأجنبية بالكلية، والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلاً بأن يقال: ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل، لأن المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب إذا وطيء المطلقة ثلاثاً والبائنة بالطلاق على مال، فجعل هذا حكم وطء المطلقة ثلاثاً إذا جاءت به مطلقاً فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه إلا إذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل، والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه، غير أن توجيه ذلك إمكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه أنه لا يشترط غير دعواه لأنه لم يشترط في الكتاب سواه، ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل، ثم إذا لم يثبت نسبه فيما إذا جاءت به لأكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند

بالفعل، وأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحاله، وفيه نظر لأنه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعاً بالشك، وإنما يجب أن يقول لا يصير مراجعاً لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق. وقوله: **(لأن العلوق بعد الطلاق)** إذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين، والظاهر أنه منه وإلا لزم الزنا، وهو منتف حملاً لحالها على الصلاح. قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز أنها تزوّجت بعد انقضاء العدة زوجاً آخر. لا يقال الفرض إذا لم تتزوّج. لأنا نقول: الفرض أنه لم يطأها في العدة، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكليف. وأجيب بأنه نعم كذلك إلا أن الحكم بإبقاء نكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر فيجب القول به. قال في النهاية: وإلى هذا أشار فخر الإسلام في

قوله: **(وفيه نظر لأنه لا يصح إلخ)** أقول: الظاهر أن حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى الإحالة إلى أقرب الأوقات وأبعدها فأورث التردد والشك، فإن الإشهاد في المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر، وليس من السنين التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الإحالة إلى الأبعد فليتأمل قوله: **(لأنا نقول: الفرض أنه لم يطأها في العدة ما إذ لو وطئها لثبتت الرجعة إلخ)** أقول: الازدواج لا يكون إلا بشهود فيكون أمره معلوماً مشهوراً، بخلاف الوطء لأنه لا يخفى ويسر فلا يعلم إلا بدليله فليتأمل.

---

(١) أشار المصنف لما ورد عن عائشة موقوفاً: لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين وسيأتي في ١/ ٣٦٢.

besturdubooks.wordpress.com

من سنتين كانت رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق، والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا فيصير بالوطء مراجعاً (والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطاً، فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام. قال: (إلا أن يدعيه) لأنه التزمه. وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة (فإن كانت

أبي حنيفة ومحمد، وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر. وقال أبو يوسف: لا تنقضي إلا بوضع الحمل وقد ذكرناه، ولا يلزمها رد شيء. لهما أن الولد من غيره، والظاهر أنه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا العدة في ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالاً تستحقه لأنها منقضية العدة فترده. وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة. ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبراه بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع. وعند محمد لا يثبت لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول لأنهما توءمان. قيل هو الصواب. وليس ولد الجارية نظيره لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه، بخلاف الولد الثاني في المبتوتة. ولو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقيه لأكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل والباقي لأكثر، ذكره محمد. وفي شرح التكملة: تزوّج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر، ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لأنه ولد النكاح في الأول، وفي الثاني يضاف إلى ملك اليمين لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوة، ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية، وإن طلقها ثنتين ثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح، ولا يخفى أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وأن لا يتصور وطؤها بملك اليمين. واعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور: أن يكون هناك إما شهادة بالولادة، أو اعتراف من الزوج بالحبل، أو حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب قوله: (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها إلخ) قيل: هو مستدرك لأن الحبل دليل أنه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء، لأنه إن كان باعتبار أن الحبل يكون بلا جماع فلا شك أنه لا يكون إلا بالبلوغ، وبعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع. وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت فإما قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت لأن الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق. وإن طلقها بعد الدخول، فأما إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر، فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه، وإن جاءت به لستة أشهر أو

مبسوطه، وفيه نظر لأنه غير دافع بل هو التزام للسؤال. والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد، فإن الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال، لأنا إذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعاً فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه. قال: (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) إذا ولدت المبتوتة لأقل من سنتين يثبت نسب ولدها لاحتمال أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطاً، وإن ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لأن وطأها حرام) وقوله: (إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت: يعني أنه إن ادعاه يثبت النسب منه وإن جاءت به لأكثر من سنتين، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه

قوله: (وفيه نظر إلى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول: لأن تمام الدليل احتاج إلى مقدمة أجنبية قال المصنف: (لأن وطأها حرام) أقول: والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام.

besturdubooks.wordpress.com

المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يثبت النسب منه إلى سنتين) لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملاً ولم تقرّ بانقضاء

أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها، وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها ليتيقن بكذبها، وإن لم تقرّ بانقضائها ولم تدع حبلاً فعند أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبة وإلا فلا، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين في الطلاق البائن، وإلى سبعة وعشرين شهراً في الرجعي لاحتمال أنه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلقت سنتين، وإن كانت ادعت حبلاً فهي كالكبيرة من حيث أنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقاً، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر. وجه قول أبي يوسف أنها يحتمل كونها حاملاً لفرض أنها في سن يجوز فيه بلوغها لأنه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فيثبت نسب ما تأتي به إلى سنتين. واعلم أن قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من أنها إذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول: إلى أقل من سنتين هنا. وجه قولهما: وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة، بخلاف إقرارها، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها، ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا، فلزم أن لا يثبت حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر، أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لأن بإقرارها بالحبل حكم ببلوغها قوله: **(وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه)** ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما في الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر، فإذا لم تقرّ قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها، فإذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبة، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف ويمنع تعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين، وبخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل قوله: **(وإذا اعترفت)** ظاهر وتقدمت غير مرة، وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار، وإن كانت المدة تحتمل كون

روايتان. وقوله: **(لأنه التزمه)** أي التزم النسب عند دعواه **(وله وجه شرعي بأن وطئها بشبهة في العدة)** والنسب يحتاط في إثباته فيثبت **(فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: يثبت منه النسب إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملاً ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة)** وبيان الاحتمال ما قيل إن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملاً وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين، وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب **(ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الأشهر)** لأنا عرفناها صغيرة بيقين، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرّت به أو لم تقرّ **(وهو)** أي حكم الشرع في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله، فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم

قال المصنف: **(فإن كانت المبتوتة صغيرة)** أقول: وفي البت لأقل منهما وإلا لا لحدوثه. إلا بادعائه حملاً على وطئه في العدة إلا في المطلقة ثلاثاً والمختلعة إذ لا شبهة في المحل، كذا في لطائف الإشارة لابن قاضي سماوة تأمل في هذه العبارة فإنها غير ما ذكره المصنف قوله: **(وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت إلخ)** أقول: فيه شيء، بل الظاهر أن يقول إنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف: **(ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة)** أقول: بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما سيجيء.

besturdubooks.wordpress.com

العدة فأشبهت الكبيرة. ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف، والإقرار يحتمله وإن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما، وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي لأكثر مدة الحمل وهو سنتان، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء، لأن بإقرارها يحكم ببلوغها **(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين)** وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدّة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرّت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها

الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعاً في إخبارهن عن عدتهن، فإذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعاً.
وقوله: وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة، ومما يشمل أيضاً الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الإقراء يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة، فإن أقرت بانقضائها مفسراً بثلاثة أشهر أو مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا، لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس. هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيخان أن الآيسة تعتد بالأشهر، وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر، وكذا نقل عن المرغيناني قوله: **(وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان)** أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهراً فيثبت النسب بلا شهادة، وإطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي، وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائناً فقال: لو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً أو تطليقاً بائناً ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة: ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان، ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال: شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره. واتفقوا على قيد إنكار الزوج، وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة، فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك، ويشترط لفظة الشهادة

يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع بالمضي. واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضائها عدتها جهة متعينة، وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهراً، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك. والجواب سيأتي عند قوله إلا أنا نقول: لانقضاء عدتها جهة أخرى **(وإن كانت)** الصغيرة **(مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد: يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر ثبت النسب وإلا فلا **(وعند أبي يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة وهي: ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها في الكبيرة سواء)** لأنها أعرف بأمر عدتها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي. وقوله: **(ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها)** ظاهر. وقوله: **(إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى)** حاصلة أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل، ولكن الأصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه أيضاً، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالأشهر، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر. لا يقال: الأصل في الكبيرة أيضاً عدم الإحبال. لأنا نقول ذلك في حق غير المنكوحة، فأما النكاح فلا يعقد إلا بالإحبال. وقوله: **(وفيه)** أي البلوغ **(شك)** والصغر كان ثابتاً بيقين فلا يزول بالشك **(وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد)** ظاهر. وقوله: **(وهذا**

sturdubooks.wordpress.com

عدم الحمل ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (**وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه**) لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار (**وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت**) لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده، وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة (**وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة. وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة**) لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو

على قولهما: عند مشايخ خراسان لأنها موجبة حقاً على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياساً على العدد. وقوله في جميع ذلك: أي فيما إذا كان حبل ظاهر أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما؟ قيل نعم، ولا يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان. وفي جامع قاضيخان: وعلى هذا الخلاف كل ما لم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضي بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح، وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش. وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة، ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما: قال أحمد. وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول. وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان. وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة (**وهو**) أي الفراش (**ملزم للنسب**) فيما تأتي به كما قبل الطلاق (**والحاجة إلى**) شهادة المرأة (**لتعيين الولد**) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (**وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل**) فصارت أجنبية، والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيداً للحجة الضعيفة: أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات

(**اللفظ**) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة (**بإطلاقه**) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (**يتناول كل معتدة**) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض. قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة، وهذا مخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير أن الآيسة إذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقاً في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا. قال: (**وإذا ولدت المعتدة ولدا**) إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة، وقالا: يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (**وهو**) أي قيام الفراش (**ملزم للنسب**) فلا حاجة إلى إثباته(و) إنما (**الحاجة إلى تعيين الولد**) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو إقرار الزوج، ولأبي حنيفة القول بالموجب: يعني سلمنا أن الفراش يكون قائماً بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (**لأنها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان النكاح قائماً أو الحبل ظاهراً أو الاعتراف به من الزوج صادراً لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة**) فلا يحتاج إلى إثباته، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك (**يثبت بشهادتها**) قيل لا يحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال؟ وأجيب بأن النظر لا يلزم، بل إذا دخلت بيتاً بين الشهود وهم يعلمون أن

قوله: (**وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه إلخ**) أقول: وكذا معتدة الوفاة. ثم إن إنكار الورثة كإنكار الزوج.

قوله: (**لأن النسب إذ ذاك ثابت**) أقول: هذا قاصر، والأولى أن يضم إلى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح قوله: (**أي أقر به جميع الورثة، أو جماعة منهم يقطع الحكم إلخ**) أقول: الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد، فإنه إذا كان المصدق رجلاً واحداً أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الأرث وموضع التقييد يجيء في كلام المصنف قال المصنف: (**فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة**) أقول: أي أقربها ويشهد لذلك قول المصنف بإقرارهم قال المصنف: (**فهو ابنه إلخ**) أقول: الظاهر أنه ولده.

besturdubooks.wordpress.com

ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح. ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب إبتداء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها **(فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعاً)** وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم، أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم. قالوا: إذا كانوا

النسب ابتداء، وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعاً، بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهراً قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائماً وقت دعواها الولادة، لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن، وقيام الحمل ظاهراً أو اعترافاً، وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به، وقولهما: لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتاً يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقاً، وبهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل. والحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكون للإثبات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه. ولهما فيه قوله ﷺ «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»[1] فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس. وأما الوجه الذي ذكراه فتمامه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث، والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلاً: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن[2]. وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلاك وامرأتان فيما سوى ذلك، وهذا حجة لأنه مرسل. وانما قلنا إنه مرسل لأن قول الراوي: مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابياً وهو هنا ليس صحابياً، وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة[3]، وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمٰن المدايني فقد تظافرا وقوي ما هو حجة به، ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعاً، وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فقبل تصديقهم فيه، أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة. قالوا: إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكوراً أو ذكوراً مع إناث

ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة، وإذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدّقها أي أقرّ به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم **(فهو ابنه في قولهم جميعاً)** وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فقبل فيه تصديقهم **(أما في حق النسب)** بالنسبة إلى غيرهم **(فهل يثبت أو لا؟ قالوا: إذا كانوا من أهل الشهادة)** كما ذكرنا وهم عدول **(يثبت لقيام الحجة)** ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لإقرارهم، وما يثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٤: غريب.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٨١: لم أجده.

(٢) هذا الأثر. رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفهما عن الزهري كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٤ وإسناده صحيح إلى الزهري.

وأخرجهما البيهقي ١٠/ ١٥٠ بسند جيد عن الشعبي قال: كان شُريح يجيز شهادة النسوة على الاستهلال وما لا ينظر إليه الرجال قال البيهقي عقبه: وهذا قول الكافة.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٣ والبيهقي ١٠/ ١٥١ كلاهما من حديث حذيفة وقال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمعه من الأعمش وبينهما رجل مجهول وهو المدائني. وكذا نقله البيهقي عن الدارقطني.

besturdubooks.wordpress.com

من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة، وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم، وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط **(وإذا تزوّج الرجل إمرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجّها لم يثبت نسبه)** لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه **(وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت)** لأن الفراش قائم والمدة تامة **(فإن جحد الولادة يثبت بشهادة إمرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن)** لأن النسب يثبت بالفراش القائم، واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه **(فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو إبنه)** لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الإستحلاف وهو على

وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرّبون منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه، وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة: أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة. وقيل: لا يشترط هو الصحيح، لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم، ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة، وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرّين منهم، والله أعلم قوله: **(وإذا تزوّج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوّجها لم يثبت نسبه)** لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح، وإن جاءت به لأكثر منها ثبت، ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت، وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوّجها واطئاً لها فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته، وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق. وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح، إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من الزنا أو من زوج فتزوّجت وهي في العدة، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبه فساد إليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوّجت بزوج آخر فعلقت منه. وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلاً لأن معنى السؤال وجد المقتضى وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا، وأنت علمت أن الوجه أن ثبوت النسب فيه لوجود المقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط قوله: **(فإن جحد الولادة)** يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقاً، أما عندهما فظاهر، وعنده لتأيدها بقيام الفراش، حتى لو نفاه بعد شهادتها لا عن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام

في حق الإقامة قوله: **(وإذا تزوّج الرجل امرأة)** ظاهر. قوله: **(واللعان إنما يجب بالقذف)** جواب عما يقال اللعان ههنا إنما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتاً بشهادة القابلة، وهو لا يجوز لأن اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء. ووجهه أن اللعان يجب بالقذف والقذف موجود، لأن قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى، والقذف

قال المصنف: **(واللعان إنما يجب بالقذف)** أقول: القذف الثابت في ضمن نفي الولد لا ينفى الولد من حيث هو نفيه قال المصنف: **(فإنه يصح بدونه)** أقول: وإن اتفقَ هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف: **(لأن الظاهر يشهد لها)** أقول: وإنما لم يقل لأنها تدعي صحة النكاح لأنها إذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح في الصحيح قوله: **(واعترض بوجهين: أحدهما أن المرأة إلخ)** أقول: هذا الاعتراض معارضة، والثاني معارضة أيضاً، ثم قوله إن المرأة تسند العلوق: يعني تسند العلوق من الزوج قوله: **(وأجيب عن الأول بأنه معارض إلخ)** أقول: يعني فبقي دليلنا سالماً عن المعارض قوله: **(ترجع المثبت)** أقول: أي مثبت النسب قوله: **(فإن نكاح الحبلى فاسد)** أقول: إن كان من النكاح فبالإجماع، وإن كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح ففي التأييد ما لا يخفى قوله: **(فإن قيل ويجب إلخ)** أقول: معارضة، وكان الأولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا قوله: **(وإنما دعواها حنثه إلخ)** أقول: هما يقولان أيضاً إنها تدعي الحنث والشاهد يثبته كما يعلم تعليلهما المسألة الثانية، فحينئذ ينبغي أن يقرر كلام الإمام بغير ما قرره الشارح، ولا يحمل كلامه على تعليلين قوله: **(والحنث ليس من ضرورات الولادة)** أقول: مطلقاً أو في هذا اليمين، والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع قوله: **(فلا تظهر في حق الطلاق)** بل تظهر في حق الضمنيات المختصة قوله: **(ولقائل أن يقول كلامنا، إلى قوله: الشيء إذا ثبت**

besturdubooks.wordpress.com

الإختلاف **(وإن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق)** لأن شهادتها حجة في ذلك. قال عليه الصلاة والسلام «شهادة النساء» جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها **(وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة)** لأنه لا بد من حجة لدعواها

الحد، والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا، وأيضاً يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان، بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلاً فضلاً عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه، وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي قوله: **(وإن ولدت ثم اختلفا، فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها)** لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته، وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات، لأنه إذا تعارض ظاهر أن في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات، مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه تزوّجها حاملاً بثابت النسب ليكون إقراراً بالفساد كما إذا تزوّجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح، ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب، والشرع إذا كذب الإقرار يبطل قوله: **(ولم يذكر)** أي محمد **(الاستحلاف)** أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب قوله: **(ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة)** والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهراً ولا أقر هو به **(لم تطلق عند أبي حنيفة)** ولكن تثبت النسب.

وقالا: تطلق أيضاً لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق، وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق المعلق به، وبهذا التقرير يتبين أن قوله: ولأنها لما قبلت في الولادة إلى آخره

لا يستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف مجرداً عنه **(فإن ولدت)** المرأة **(ثم اختلفا فقال الزوج تزوّجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح)** واعترض بوجهين: أحدهما أن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله، والثاني أن الظاهر شاهد له أيضاً لأن النكاح حادث والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات. وأجيب عن الأول بأنه معارض بأن الزوج يدعي إسناد العلوق إلى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها، وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في إثباته، فإذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فإن نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام؟ ينبغي أن لا تحرم. فإن قيل: يجب أن تحرم لأن هذا إقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما إذا ادعى أنه تزوّجها بغير شهود. أجيب بالفرق بينهما من وجهين: أحدهما أن النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا. والثاني أنه وإن أقرّ بالحرمة إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل. وقوله: **(ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف)** يعني الاختلاف المذكور في الأشياء الستة. وقوله: **(وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق)**

ثبت بجميع لوازمه) أقول: للشرع ولاية قد يثبت أمراً في حق بعض الأشياء ولا يثبتها في حق بعضها، وله نظائر لا تحصى قوله: **(فتلمح منه جواب الاعتراض هناك)** أقول: أشار إلى ما تقدم ثمانية أسطر تخميناً وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق.

sturdubooks.wordpress.com

الحنث، وشهادتها حجة فيه على ما بينا. وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة، ولأنه أقرّ بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة قال **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل **(وأقله ستة أشهر)** لقوله تعالى: **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** ثم قال **﴿وفصاله في**

ليس وجهاً آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال: إن كان بأمتي هذه حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة، وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجة بولد فقال: ليس مني ولا أدري أولدته أم لا؟ فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبداً أو حراً محدوداً فيحد للقذف. ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة. وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد، ولأنه حكمه اللازم شرعاً، أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم. وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكماً مختصاً به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحماً فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح، وكقوله: إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت: حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان. ويمكن جعل هذا إشكالاً على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازماً شرعياً لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها: لازمه الشرعي ولازمه الجعلي المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق، ولو كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة، وعندهما يشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه **(وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة)** للعلم بأن الحبلى تلد بعده، ولأنه أقرّ بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقرّ بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة، كما إذا علق بحيضها فقالت: حضت، فإذا ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاماً لتصديقها عند إخبارها به واعترافاً به واعترافاً بأنها مؤتمنة فيه، وإن يكن كذلك وهو التعليق قبل الاعتراف بحبلها سابقاً ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة قوله: **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** وعند الشافعي ومالك أربع سنين، وعن الليث ثلاث سنين، وعن الزهري سبع سنين. واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك: حدثنا داود بن عبد الرحمٰن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين

ظاهر. وقوله: **(فيما يبتني عليها وهو الطلاق)** يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمناً وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً ولأبي حنيفة أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها، وإنما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت إلا بحجة كاملة. سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لا يمكن إثباتها بشهادتها ضمناً لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها. ولقائل أن يقول: كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله: **(وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل)** يعني إذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهراً ثم علق الطلاق. لهما أنها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الأولى **(وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه الحبل وهو الولادة)** ولأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة، وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط إنما يستلزم وجود الجزاء عنده إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلاً على الجزاء عند انفراده عن الشرط، والإقرار كذلك، بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الأولى

besturdubooks.wordpress.com

عامين﴾ فبقي للحمل ستة أشهر. والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين، والحجة عليه ما رويناه، والظاهر أنها قالته سماعاً إذ العقل لا يهتدي إليه **(ومن تزوّج أمة فطلقها ثم اشتراها، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم**

قدر ما يتحول ظل عمود المغزل[١]، وفي لفظ قالت: لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث. وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس أفي حديث عن عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل، فقال: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين[٢]. ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعاً، وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبها إلى مالك والمرأة يحتمل خطؤها، فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد، وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملاً فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت، ووجود الحركة مثلاً في البطن لو وجد ليس قاطعاً في الحمل لجواز كونه غير الولد، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئاً فشيئاً إلى أن انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة. وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات. وما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملاً فهمّ برجمها، فقال له معاذ إن كان عليها سبيل لك على ما في بطنها، فتركها حتى ولدت ولداً قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه، فلما رآه الرجل قال: ولدي وربّ الكعبة[٣]، فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه قوله: **(وأقله ستة أشهر)** ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** [الأحقاف: ١٥] مع تفسير الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر. وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة. قلنا: قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعله رجع إلى الصحيح. وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضي الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه. وهو ما روى أن رجلاً تزوّج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما: أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** [لقمان: ١٤] وقال **﴿وفصاله في عامين﴾** [الأحقاف: ١٥] فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ

فتلمح منه جواب الاعتراض هناك. قال: **(وأكثر مدة الحمل سنتان)** لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل: أي بقدر ظل مغزل حال الدوران، والغرض تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال. ورواية المبسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب. ولو بفلكة مغزل: أي ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الأخرى، والظاهر أن عائشة قالته سماعاً لأن العقل لا يهتدي إلى معرفة المقادير، وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماماً بذكره لكونه مختلفاً فيه **(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ ثم قال ﴿وفصاله في عامين﴾ فبقي للحمل ستة أشهر)** وهذا تأويل أخرجه ابن عباس، ذكره في المبسوط فقال روي أن رجلاً تزوّج امرأة فولدت ولداً لستة أشهر، فهمّ عثمان برجمها فقال ابن عباس: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** وقال تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** فإذا ذهب للفصال عامان لم يبقل للحمل إلا ستة أشهر، فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج. قال صاحب النهاية: وهذا التقرير الذي ذكر هنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما عن عائشة موقوفاً.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما عن عائشة موقوفاً أيضاً.

(٣) موقوف. كذا أخرجه البيهقي ٧/ ٤٤٣ والدارقطني ٣/ ٣٢٢ كلاهما كلاهما عن أبي سفيان قال: حدثني أشياخ منا قالوا: جاء رجل عمر فذكره.

sturdubooks.wordpress.com

اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه) لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً،

عثمان رضي الله عنه الحد عنها[1]. فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعاً، وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا لحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف قوله: **(ومن تزوج أمة فطلقها)** أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقرّ بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه: أي ثبت نسبه منه، ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه، وقيدنا ببعد الدخول وواحدة، لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف قوله: **(وإلا)** أي وإن لم تجيء به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه قوله: **(لأنه في وجه الأول)** وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقاً على الشراء، وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة. وفي الوجه الثاني وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة، هذا لأن الطلاق إذا كان واحدة حلّ له وطؤها بعد الشراء إذ لا يظهر عدتها في حقه لأنها معتدته، والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات لأن فيما زاد عليه شكاً وأقرب الأوقات ستة أشهر، واعتبارها في الأول يوجب أنه ولد المعتدة. وفي الوجه الثاني يوجب أنه ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة. بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لأن به تحرم الأمة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لأن حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الأوقات لأنه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الأوقات وهو ما قبل الطلاق حملاً لأمرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة، ثم إذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وإن جاءت به لعشر سنين

الرضاع من هذا الكتاب، لأنه جعل هناك ثلاثين شهراً مدة لكل واحد من الحمل والفصال، ثم أظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعاً ثم أصاب منهما الفصال عامان بقوله تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** ومن ضرورته أن يبقى للحمل ستة أشهر. وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى، وجاز أن تكون الآية نظراً إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل. وقال الشافعي: **(يقدر الأكثر بأربع سنين)** واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقي في بطن أمه أربع سنين، وكذلك هرم بن حيان فسمي هرماً لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكاً لأنه ضحك حين ولد وغيرهم **(والحجة عليه ما رويناه عن عائشة رضي الله عنها، والظاهر أنها قالته سماعاً إذ العقل لا يهتدي إليه)** أي إلى مقدار مدة ما في الرحم. وقوله: **(ومن تزوّج أمة فطلقها)** يعني بعد الدخول **(ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا فلا لأنه في الوجه الأول)** يعني إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر **(ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء)** لأنها ولدت لأقل من ستة

قوله: **(إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى)** أقول: يعني قوله تعالى **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾** قوله: **(وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى)** أقول: يعني قوله تعالى **﴿وفصاله في عامين﴾** قوله: **(وجاز أن تكون الآية نظراً إلى ذاتها مفيدة لحكم، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل)** أقول: تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة، فإنه جعل هنا كون المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمراً مقرراً، ثم عمد إلى الآية الأخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل، ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان في إطلاق واحد كما لا يخفى قال المصنف: **(ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من**

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٧/٤٤٢ عن مالك أنه بلغه أن عثمان فذكره ولكن فيه أن الذي أنكر على عثمان هو عليّ.

وقال ابن التركماني: ذكره أبو عمر في الاستذكار من وجهين أحدهما: أن ابن عباس أنكره على عثمان.

besturdubooks.wordpress.com

أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله، لأنها لا تحل بالشراء **(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم**

بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء، وإن كانت بائناً ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء. واعلم أن ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق، يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتاً. ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب إلا أن يدعيه الزوج، لأن النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلا بدعوة والعتق ما زادها إلا بعداً منه، وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لأنه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت، وحكم معتدة عن بائن لم تقرّ بانقضاء عدتها ذلك. ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وإن كان لأكثر من سنتين من العقد، وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ باعها؛ فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وإن ادّعاه إلا بتصديق المشتري لما مر من أن النكاح بطل؛ وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة لأن العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا. ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام وهو باعتباره لا لعان لكن العلوق حادث، والأصل في الحوادث ما قلنا. وكذا حرّ تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق فنفاه الزوج لاعن وإن

أشهر من وقت الشراء، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكماً **(وفي الوجه الثاني)** يعني ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء **(ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات)** وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوة. قال المصنف: **(هذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء)** لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين، وإذا لم تحل لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها حملاً لأمور المسلمين على الصلاح، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق، وأما إذا كان الطلاق واحداً فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات، فحينئذ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه بغير دعوة. فإن قيل: وجب أن تنكشف الحرمة بملك اليمين وإن كانت الحرمة غليظة تمسكاً بقوله تعالى **﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾** أجيب بأنه وجب أن لا تنكشف تمسكاً بقوله تعالى **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾** والطلقة الثانية في الإماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أقوى **(ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده)** لأن سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعياً هذا الولد بخلاف الأول فإنا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى. وقوله: **(ومن قال لغلام هو ابني)** واضح. واعترض بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضاً لأن هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو

ستة أشهر منذ يوم إلخ) أقول: لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف: **(أما إذا كان ثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق)** أقول: قال الإتقاني فيه إيهام لأنه ربما يظن ظان أن الطلاق إذا كان واحداً بائناً لا يثبت النسب فيه إلى سنتين، وليس كذلك لأن النسب في البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع اهـ. ولا يخفى عليك أن المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء، فإنه إذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له، وإن جاءت لتمامها لا يحكم وإن مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر. وأما إذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضي المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فإن ذلك يفهم من كلام المصنف.

sturdubooks.wordpress.com

ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع **(ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه)** وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين، فلم يكن قوله إقرار بالنكاح. وجه الاستحسان أن المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة **(ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها)** لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق في استحقاق الميراث، والله أعلم.

احتمل العلوق قبل الإعتاق. فإن قيل: ما ذكرتم ينتقض بمسائل: إحداها ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه فالإيجاب على إبهامه ولا تتعين ضرّتها للطلاق ذكره في الزيادات. وثانيتها ما لو قال لها إذا حبلت فأنت طالق فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل. وثالثتها المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعاً، ولو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام: أعني البيان والطلاق والرجعة. قلنا: الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتاً بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى، أما إذا تضمنت فلا، فمتى عوّلت على ما قلنا ثم استقربت المسائل وجدت الأمر عليه، ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتاً بيقين بلا يقين، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدالّ على استكراه الرجعة بغير القول: قوله: **(فهي أم ولده)** بالإجماع لأن سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة، والحاجة إلى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالإجماع: أي باتفاق أصحابنا، هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعياً هذا الولد بخلاف الأول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى قوله: **(يرثانه إلخ)** فإن قيل: ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الإرث. قلنا: النكاح غير متنوع إلى ما هو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه، وإذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي وإن لم يكن لازماً بخلاف نكاح الأمة والكتابية قوله: **(وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيما إذا كانت معروفة بحرية الأصل وأنها أم الولد)** وإذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفاً لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله قوله: **(فلا ميراث لها)** قال التمرتاشي: ولكن لها مهر المثل لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم قوله: **(لا في استحقاق الإرث)** فلا يقضي به كالمفقود يجعل حياً في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد.

تصحيح النسب دون استحقاق الإرث. وأجيب بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح ليس بسبب له، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي تنفك عنه شرعاً، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض. ورد بأنا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لأن المقتضي إنما يثبت لتصحيح المقتضى لا محالة، والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة، وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان، فإنه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن أن تكون أم ولد، وقال: والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعاً وعادة، وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر.

قوله: **(ورد بأنا لا نسلم إلخ)** صاحب الرد هو الإتقاني.

besturdubooks.wordpress.com

باب الولد من أحق به

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد) لما روي «أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه الصلاة والسلام: أنت أحق به ما لم تتزوّجي» ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر، وإليه أشار الصديق بقوله: ريقها خير له

باب الولد من أحق به

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد قوله: **(وإذا وقعت الفرقة إلخ)** هو على الإطلاق في غير ما إذا وقعت بردتها لحقت أولاً لأنها تحبس وتجبر على الإسلام، فإن تابت فهي أحق به وما إذا لم تكن أهلاً للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوّجة بغير محرم، وما إذا كان الأب معسراً وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح قوله: **(فالأم أحق بالولد)** بالإجماع وإن كانت كتابية أو مجوسية لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين قوله: **(لما روي أن امرأة)** في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو «أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي»[1] رواه الحاكم وصححه، وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، فإذا أراد بجده محمداً كان مرسلاً، وإذا أراد به عبد الله كان متصلاً، فما لم ينص عليه يصير محتملاً للإرسال والاتصال، وهنا نص على جده عبد الله. وحجر الإنسان بالفتح والكسر، والحواء بالكسر: بيت من الوبر والجمع الأحوية قوله: **(ولأن الأم أشفق عليه)** إبداء لحكمة خصوص هذا الشرع، وإنما كانت أشفق عليه لأنه كان جزءاً لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه، والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها. وقوله: وإليه أشار الصديق إلخ يشير إلى ما في موطإ مالك: حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصماً، ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوماً إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه، فأقبلا حتى أتيا أبا بكر، فقال عمر: هذا ابني، وقالت المرأة ابني، فقال أبو بكر: خلِّ بينه وبينها، فما

باب الولد من أحق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج إلى بيان **(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تتزوّجي» ولأن الأم أشفق)** عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص **(وأقدر على الحضانة)** بلزومها البيت فكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها وإليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه. روي أن عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها، فقال له أبو بكر: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر، قاله والصحابة حاضرون متوافرون **(ولم ينكر أحد)** **(والنفقة**

باب الولد من أحق به

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٧٦ والبيهقي ٨/ ٤، ٥ والحاكم ٢/ ٢٠٧ وأحمد ٢/ ١٨٢ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. والمعروف أن سلسلة عمرو بن شعيب عن آبائه من نوع الحسن قبلها كبار الحفاظ.

besturdubooks.wordpress.com

من شهد وعسل عندك يا عمر، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون **(والنفقة على**

راجعه عمر الكلام[١]. وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي، وزاد: ثم قال أبو بكر: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا توله والدة عن ولدها»[٢] وفي مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فتزوّجت فجاء عمر فأخذ ابنه، فأدركته شموس أم ابنة عاصم الأنصارية وهي أم جميلة فأخذته فترافعا إلى أبي بكر فقال: خل بينها وبين ابنها فأخذته[٣] ولابن أبي شيبة أيضاً عن عمر أنه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه[٤] قوله: **(والنفقة على الأب على ما نذكر)** أي في باب النفقة، وهذا إن كان حياً، فإن كان ميتاً فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث قوله: **(ولا تجبر)** يعني إذا طلبت الأم فهي أحق به وإن أبت لا تجبر على الحضانة، وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك. وفي رواية أخرى وهو قول: ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر. واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لأن ذلك حق الولد، قال تعالى **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** [البقرة: ٢٣٣] والمراد الأمر وهو الوجوب، والمشهور عن مالك: لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالإرضاع، وتجبر التي هي ممن ترضع، وإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف. ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع. ولنا قوله تعالى **﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾** [الطلاق: ٦] وإذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه، لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد: لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجاً هذا لفظه. فأفاد أن قول الفقيهين: جواب الرواية، وأما قوله تعالى **﴿فسترضع له أخرى﴾** فليس الكلام في الإرضاع بل في الحضانة. قال في التحفة: ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لا يجب عليها إرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة، ونفقة الولد على الوالد إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر قوله: **(فإن لم تكن)** أي لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوّجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد وإن علت. وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بأن أم الأم تدلي بالأم وهي المقدمة على الأب، فمن يدلي بها ولاداً أحق ممن يدلي به، فإن لم تكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت. وعند زفر الأخت الشقيقة أو الخالة أولى منها. وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لما في الصحيحين «أن علياً وجعفراً الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال عليّ: أنا أحق بها هي ابنة عمي، وقال زيد: بنت أخي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها تحتي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها وقال: الخالة بمنزلة الأم، وقال لعليّ: أنت مني وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خلقي وخلقي، وقال لزيد: أنت أخونا ومولانا» ورواه أبو داود وقال فيه «إنما الخالة أم»[٥] ورواه إسحاق بن

على الأب) على ما سيجيء قوله: **(ولا تجبر الأم عليه)** أي على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه **(فإن لم تكن له أم)** بأن

قوله: **(إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه)** أقول: وفيه أن غير ذي الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبياً وجوابه لا يخفى.

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٧٦٧ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٥ عن القاسم بن محمد، وفيه إرسال لأن القاسم لم يدرك عمر.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ٨/ ٥ من طريق ابن لهيعة عن زيد بن اسحق الأنصاري وإسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة.

(٣) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٦ عن القاسم أن عمر فذكره.

(٤) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٢٦٦

(٥) صحيح. تقدم في أوائل فصل بيان المحرومات مستوفياً رواه البخاري ومسلم وغيرهما، وله قصة.

besturdubooks.wordpress.com

الأب) على ما نذكر **(ولا تجبر الأم عليه)** لأنها عست تعجز عن الحضانة **(فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت)** لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات **(فإن لم تكن أم الأم فأم الأب أولى من الأخوات)** لأنها من الأمهات، ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد **(فإن لم تكن له جدّة فالأخوات أولى من العمات والخالات)** لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث. وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه الصلاة والسلام «الخالة والدة» وقيل في قوله تعالى: **﴿ورفع أبويه على العرش﴾** أنها كانت خالته **(وتقدم الأخت لأب وأم)** لأنها أشفق **(ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب)** لأن الحق لهن من قبل الأم **(ثم الخالات أولى من العمات)** ترجيحاً لقرابة الأم **(وينزلن كما نزلنا الأخوات)** معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم **(ثم العمات ينزلن**

راهويه وقال بعد قوله «وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة» قلنا: هذا كله تشبيه، فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره، إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عنيناه بلا معارض وهو أن الجدّة أم ولهذا تحرر ميراث الأم من السدس، وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على الأخوات والخالات، فإن لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الأجداد والجدّات والشقيقة أولى من غيرها، والتي لأم أولى من الأخت لأب وبعد الأخت لأب الخالة. وفي رواية كتاب الطلاق: الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب. وفي رواية كتاب النكاح: الأخت لأب أولى من الخالة اعتباراً لقرب القرابة وتقديم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد مرتبتهما قرباً، فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة، ثم إلى بنت الأخت لأم، ثم إلى بنت الأخت لأب، ثم إلى الخالة الشقيقة، ثم إلى الخالة لأم ثم لأب، ثم العمّات على هذا الترتيب، ثم إلى خالة الأم لأب وأم، ثم لأم ثم لأب، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب، وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا، ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب. وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات، وأن الأخت لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلى إلى من له حق الحضانة، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية قوله: (لما روينا) وهو قوله ﷺ «ما لم تتزوّجي»[1] والنزر

ماتت أو تزوّجت بأجنبي فإنها كالمعدومة حينئذ **(فأم الأم وإن بعدت)** لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرن من وفور شفقتهن، فمن كانت تدلى إليه بأم فهي أولى ممن تدلى بأب، ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل: كل شيء يحب ولده حتى الحبارى، فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة **(ولهذا)** أي ولكون الجدة من الأمهات **(تحرز ميراث الأمهات السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد)** أي لأجل الولاد **(فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث)** وهذه رواية كتاب النكاح اعتباراً بقرب القرابة والأخت أقرب لأنها ولد الأب والخالة ولد الجد. وقال في كتاب الطلاق: والخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بالمدلى به، فإن الخالة تدلى بالأم وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ «الخالة والدة» وقد قيل في تفسير قوله تعالى **﴿ورفع أبويه على العرش﴾** أنها كانت خالته وقوله: **(وتقدم الأخت لأب وأم)** ظاهر، ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة. قال في النهاية: ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق، ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم في العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها، كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان، وفيه نظر لأن قرابة

قوله: **(فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار)** أقول: يعني المار بأسطر وهو قوله فإن لم تكن له أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي إلخ.

---

(١) تقدم في أول هذا الباب وإسناده حسن.

besturdubooks.wordpress.com

كذلك، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً وينظر إليه شزراً فلا نظر. قال: **(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد)** لأنه قام مقام أبيه فينظر له **(وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه)** لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة **(ومن سقط حقها بالتزوّج يعود إذا ارتفعت الزوجية)** لأن المانع قد زال **(فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيباً)** لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة **(والأم**

القليل والشزر نظر البعض. ولو ادعى الأب أن الأم تزوّجت وأنكرت فالقول لها، ولو أقرت بالتزوّج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها، فإن لم تعين الزوج فالقول لها، وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقرّبه الزوج قوله: **(فاختصم)** المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال، وأولاهم أقربهم تعصيباً لأن الولاية عليه بالقرب، ولذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيباً، وقد عرف في موضعه: أي في الفرائض، وأولى العصبات الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وكذا كل من سفل من أولادهم، ثم العم شقيق لأب، ثم الأب. فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، ولا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام، وإذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، ثم لأب ثم لأم، لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح. ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات، ولا تدفع الأنثى إليه. ولو كان في المحارم من الأخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك، الكل من الكافي. وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى، فإن تساووا فأسنهم. وفي الفتاوى الصغرى: فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام على الترتيب قوله: **(حتى يأكل إلخ)** الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده. وفي بعض نسخ النوادر: ويستنجي وحده، فضمنه المصنف إلى ما تقدم. وفي نوادر ابن رشيد: ويتوضأ وحده. وذكر شمس الأئمة أنه لا بد من أن يستنجي وحده أنه لا بد منه ليحصل الاستغناء. ثم من المشايخ من قال: المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين، ومنهم من قال: بل من النجاسة، وإلا لم يقدر على تمام الطهار قوله: **(والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين)** وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره، لا ما قيل: إنه يقدر بتسع لأن

الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلاً، بخلاف قرابة الأب في استحقاق الحضانة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم. قال: **(وكل من تزوّجت من هؤلاء سقط حقها)** كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها إذا تزوّجت لما روينا من قوله ﷺ «أنت أحق به ما لم تتزوجي» ولأن حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوّج لأن زوج الأم يعطيه نزراً: أي قليلاً، وينظر إليه شزراً: أي نظر المبغض فلا نظر له إذ ذاك **(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قائم مقام أبيه فينظر له، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد)** كالعم إذا تزوّج بأم الولد **(لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة. ومن سقط حقها بالتزوّج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه)** في باب الميراث وولاية الإنكاح، فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم ديناً وورعاً أحق به لأن ضمه إليه أنفع لأنه يتخلق بأخلاقه، فإن تساووا فأكبرهم سناً أحق به لأن حقه أسبق ثبوتاً فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزاً عن الفتنة، كذا روي عن محمد. وذكر التمرتاشي: فإن لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة ثم إلى ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب. وقال محمد: لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه. وقوله: **(والأم والجدة أحق بالغلام)** واضح. وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي، وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر. وقوله: **(اعتباراً للغالب)** يعني أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع

قوله: **(وإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال)** أقول: يعني فاختصم فيه الرجال.

besturdubooks.wordpress.com

والجدّة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده. وفي الجامع الصغير: حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء. ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف، والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب **(والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى. وعن محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حدّ الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة (ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية**

الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده، ولو اختلفا فقال: ابن سبع وقالت: ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا قوله: **(وعن محمد رحمه الله أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة)** وهي رواية هشام عنه. وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان. وعن أبي يوسف مثله. واختلف في حد الشهوة ليبني عليها أخذ الأب وثبوت حرمة المصاهرة، قالوا: بنت تسع مشتهاة، وخمس ليست مشتهاة، وست وسبع وثمان إن كانت عبلة مشتهاة وإلا فلا قوله: **(ومن سوى الأم والجدة)** يعني الجدتين من قبل الأم والأب قوله: **(لأنها لا تقدر على استخدامها)** شرعاً، وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب إنما يحصل بالاستخدام **(بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعاً)** ولذا جاز أن تؤاجرها. قال الحاكم الجليل الشهيد: فإن كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحبت في مكان لا يتخوف عليها قوله: **(والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد)** وحال الحرّة فيه أنه إن كان الولد رقيقاً كان مولاه أحق به منها، وإن كان حراً كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق، ومن مولاه إن كان له مولى أعتقه، ومن مولاها إن كان ابنها منه قبل عتقها، ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الأب لأنه مملوكه، وكذا إذا كان الزوج حراً ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهي عن ذلك، ذكره في الكافي. وفي التحفة: المكاتبة إن ولدت قبل الكتابة لا حق لها، وإن ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة قوله: **(ويخاف)** بالرفع استئنافاً. وفي بعض النسخ: أو يخف بالجزم عطفاً على يعقل، وتمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين. ويروى بالنصب أيضاً على معنى إلى أن يخاف مثله في قوله: لألزمنك أو تقضيني حقي، لو كان هذا في أو لا الواو. وقال: الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها، والمشهور عن مالك كقولنا وهو

سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحدهٔ. وقوله: **(تحتاج إلى معرفة آداب النساء)** كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها **(والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين)** بالتزويج، وولاية التزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة **(والأب فيه أقوى وأهدى)** لأن للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك. وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقق الحاجة إلى الصيانة، وحدّ الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم، كذا في النهاية. وقال الفقيه أبو الليث: حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين، وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعاً أو ثمان إن كانت عبلة. وقوله: **(ومن سوى الأم والجدة)** يعني إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حداً تشتهي على رواية القدوري، وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها، لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام **(ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعاً. والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق،** وليس

قال المصنف: **(أو يخاف أن يألف الكفر)** أقول: قال ابن الهمام: ويروى بالنصب أيضاً على معنى إلى أن يخاف مثله في قولك لألزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اهـ. والموجود في نسختنا هو أو.

besturdubooks.wordpress.com

حتى تبلغ حداً تشتهي، وفي الجامع الصغير: حتى تستغني) لأنها لا تقدر على استخدامها، ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعاً. قال: **(والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد)** لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق **(وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما)** عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى **(والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر)** للنظر قبل ذلك

قول ابن القاسم وأبي ثور. وقوله: للنظر قبل ذلك دافع لقولهم. وحاصله أن الأنظر للصغير أن يكون عند الأم لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا قوله: **(ولا خيار للغلام)** يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع مثلاً أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك. وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان. وعند أحمد وإسحاق يخير في سبع، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر فله ذلك، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه هكذا أبداً. قال في المغني: وهذا لم يقل به أحد من السلف، والمعتوه لا يخير ويكون عند الأم قوله: **(لأن النبي ﷺ خير)** أخرج الأربعة عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه»[1]. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. ولأبي داود والنسائي فيه قصة لأبي هريرة قبل أن يروي الحديث حاصلها أنه خير غلاماً في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث، ولفظه «سمعت امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال رسول الله ﷺ: استهما عليه، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال رسول الله ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به»[2] واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر. وأجاب عن الحديث بوجهين: أحدهما أنه ﷺ دعا أن يوفق لاختيار الأنظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي ﷺ الأب هنا والأم هنا ثم خيره وقال: اللهم اهده، فذهب إليه أبيه»[3] وفي لفظ آخر «أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم، وقال رافع ابنتي، فأقعد النبي ﷺ الأم

لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى، والذمة أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلماً **(ما لم يعقل الأديان أو يخاف)** بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفاً على يعقل **(أن يألف الكفر)** لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه **(ولا خيار للغلام والجارية)** يعني بين الأبوين **وقال الشافعي: (لهما ذلك)** إذا بلغ سن التمييز ويسلم إلى من اختاره، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة، وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة **(«لأن النبي ﷺ خير» غلاماً بين الأبوين»** روى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم، وقال رافع ابنتي فقال النبي ﷺ: اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ: اللهم أهدها، فمالت إلى أبيها فأخذها» **(ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة)** أي الخفض والراحة وكلامه واضح، ولكن قوله: **(أو يحمل على ما إذا كان بالغاً)** فيه نظر، لأن المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغاً؟ والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاماً ولا غيره ليتناول ما روينا، وما روي «أن رسول الله ﷺ خير غلاماً بين الأبوين من غير ذكر ما يدل

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٣٥٧ وابن ماجه ٢٣٥١ كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً هكذا باختصار.
وقال الترمذي: حسن صحيح اهـ. ومن هذا الوجه أخرجه أحمد ٢/ ٢٤٦ والبيهقي ٨/ ٣ وهو حسن كما قال الترمذي وشاهده الآتي.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٢٧٧ والنسائي ٦/ ١٨٥ والدارمي ٢٢٠٨ والحاكم ٤/ ٩٧ والبيهقي ٨/ ٣ كلهم من حديث أبي هريرة.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وقد صححه الترمذي في الذي قبله والإسناد واحد وله طريق آخر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٧/ ١٣٤من طريق يحيى بن أبي كثير عن أبي ميمونة عن أبي هريرة قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٦٩: فهذا الطريق الثاني أعطى جودة، وصحة للحديث. وقال ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٢: وصححه ابن القطان. وحسنه الترمذي.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٢٤٤ والنسائي ٦/ ١٨٥ وأحمد ٥/ ٤٤٦ والحاكم ٢/ ٧٢٠٦، ٢٠٧ والبيهقي ٨/ ٣، ٤ والدارقطني ٤/ ٤٣، ٤٤ كلهم من حديث رافع بن سنان، واللفظ لهم دون النسائي.
قال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. ورجاله ثقات لكن في المتن اضطراب كما سيأتي.

besturdubooks.wordpress.com

واحتمال الضرر بعده (**ولا خيار للغلام والجارية**) وقال الشافعي: لهما الخيار لأن النبي عليه الصلاة والسلام خير. ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا، أما الحديث فقلنا قد قال عليه الصلاة والسلام «اللهم أهده» فوفق لاختياره الأنظر بدعائه عليه الصلاة والسلام، أو يحمل على ما إذا كان بالغاً.

ناحية والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال ﷺ: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها» وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة. وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم ابن علية رضي الله عنه: حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة «أن أبوين اختصما في ولد إلى رسول الله ﷺ أحدهما كافر، فخيره النبي ﷺ فتوجه إلى الكافر، فقال: اللهم اهده، فتوجه إلى المسلم فقضى له به»[1] قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين: اختلف في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان. قال: وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جدّه أن أبويه اختصما فيه. رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره، وقال: فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة، ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجدّه لا يعرفون، ولو صحت لا ينبغي أن يجعل خلافاً لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فإنهم ثقات، وهو وأبوه ثقتان وجدّه رافع بن سنان معروف، وأفاد أن المراد بقوله: عن أبيه عن جدّه جد أبيه، قال: فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكيم بن سنان، ونحن نقول: إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له، لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره ﷺ مع دعائه فيجب بعده ﷺ اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا. ثانيهما أنه كان بالغاً بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالباً، ونحن نقول: إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد، اللهم إلا أن يبلغ سفيهاً مفسداً فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتباراً لنفسه بماله، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوّع. أما الجارية فإن بلغت بكراً ضمها إلى نفسه، وإن بلغت ثيباً فلها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها إليه، وكذا الأخ، وللعم الضم إذا لم يكن مفسداً، وإن كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة، ولهذا صح أن الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر[2]، وما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابناً بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهي في الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخيره، يدل عليه ما تقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام. والجواب أن عدم المراجعة ليس دليلاً لأن أبا بكر كان إماماً يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وإن خالف رأي المحكوم عليه، فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله ﷺ مما قدمناه أوّل الباب[3].

على الصغر» فأوّل المصنف رحمه الله الأول بقوله قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام إلخ، والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٦/ ٨٥ وابن ماجه ٢٣٥٢ وأحمد ٥/ ٤٤٦، ٤٤٧ كلهم من طريق عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة ان أبويه اختصما فيه فذكره هذا لفظ ابن ماجه وأحمد أما النسائي، فوقع عنده أن الزوج هو أبو سلمة، وأنه اختصم هو وامرأته في ابن صغير لهما. مع أن كلا الإسنادين من طريق عبد الحميد بن سلمة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٧١ نقلاً عن ابن القطان: عبد الحميد بن سلمة وأبوه وجده لا يعرفون وحديث عبد الحميد بن جعفر المتقدم قبله مقدّم على هذا لأن عبد الحميد بن جعفر، وأبوه ثقتان، وجده رافع بن سنان معروف اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن عبد الحميد بن سلمة: مجهول. فالخبر ضعيف فيه مجاهيل، وقد نقل ابن حجر في التلخيص ٤/ ١١ عن ابن القطان: أن رواية عبد الحميد بن جعفر أرجح، وقال ابن حجر: قال ابن المنذر: لا يثبته أهل النقل، وفي إسناده مقال اهـ. وانظر نصب الراية ٣/ ٢٧٠، ٢٧١.

(٢) هذه الآثار تقدمت في أول هذا الباب.

(٣) وهو حديث «أنت أحق به ما لم تنكحي» وإسناده حسن.

besturdubooks.wordpress.com

فصل

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب (إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوّجها فيه) لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً، قال عليه الصلاة والسلام: «من تأهل ببلدة

فصل

إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصاً بعد ما خرجت معه، وإن كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج إليها بلدها وقد وقع العقد فيها أو لا، ففي الأول ليس للأب منعها وإن بعدت كالكوفة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وإن كانت هي حربية، ولو كان كلاهم مستأمناً جاز لها ذلك لأنه لما عقد النكاح به فالظاهر أنه يقيم به غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب. وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول، ولو كانت الأولاد غيّباً بأن تزوّجها مثلاً بالبصرة فولدت له أولاداً فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيء بهم إليها ويقال لها. وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف إلا أن تخرج إلى مصر قريب، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لأنه كالانتقال من حارة إلى حارة، وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها إخراجه إلى القرية القريبة، هذا فيما بين الأب والأم. أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنقل بالولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد، وكذا أم الولد إذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد. ولنتكلم على فصول الكتاب قوله: (قال رسول الله ﷺ) في مسند ابن أبي شيبة: حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذياب، أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربعاً ثم قال: قال رسول الله ﷺ «من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم» وإني تأهلت منذ قدمت مكة، ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه: سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا تزوّج الرجل ببلد فهو من أهله» وإنما أتممت لأني تزوّجت بها منذ قدمتها[1].

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره في فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام: إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه، وإما أن تخرج إلى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد، وإما أن تخرج إلى وطنها ولم يقع العقد فيه، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه. فهي الأقسام العقلية، فإن اتفق أمران جميعاً بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا كما ذكر في الكتاب. وقوله: (لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً) دليل المستثنى. وقوله: (ولهذا يصير الحربي) أي الشخص الحربي ذكراً كان أو أنثى (به) أي بالتزوّج في بلدة (ذمياً) قال في النهاية: وهذا وقع غلطاً لأن المصنف ذكر في السير وذكر أيضاً في سير

فصل وإذا أرادت المطلقة

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٧١ وأحمد ١/ ٦٢ وأبو يعلى كما في المجمع ٢/ ١٥٦ كلهم من حديث عثمان.

قال الهيثمي: فيه عكرمة بن إبراهيم، وهو ضعيف اهـ.

وقال الذهبي في الميزان: قال يحيى، وأبو داود: ليس بشيء.

وقال النسائي: ضعيف. وقال العقيلي: في حفظه اضطراب.

besturdubooks.wordpress.com

فهو منهم» ولهذا يصير الحربي به ذمياً، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك، وهذا رواية كتاب الطلاق، وقد ذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى

وقد ضعف عكرمة الأزدي **(ولهذا يصير الحربي به ذمياً)** ظاهره أن بالتزوّج يصير الحربي ذمياً ودفع في الكافي بأنه خلاف المصرّح به بل لا يصير الحربي بالتزوّج في دار الإسلام التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود، وإنما ذلك في الحربية إذا تزوّجت في دار الإسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاماً وإنما يصح بحمل الحربي على إرادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وبتجويز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام. قال: وهو ظاهر لو سيق الكلام له. وفي النهاية: وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله: وإن أردت الخروج بقوله: فهو منهم، وما ذكرهنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى. وعلى هذا لا حاجة إلى تكلف توجيهه بما قلنا وبغيره، وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوّج فهو تزوّج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوّج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها، والحال أن صيرورتها كذلك لأمر يخصها لا يوجد في حقه، وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته قوله: **(أشار في الكتاب)** أي القدوري وقيل: المبسوط، والأول أولى لأنه معتاد المصنف، ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية. ووجهه أن قوله: إلا أن تخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل في الحظر، والذي وقع فيه التزوّج غير وطنها. وقوله: وهو رواية كتاب الطلاق: أي من الأصل، وفي العكس وهو ما إذا أرادت الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات قوله: **(كما يوجب البيع التسليم في مكانه)** أي إذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقاً، فإن في الفتاوى: من باع شعيراً والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه في مكانه وإن شاء فسخ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتباراً للثمرات بالأحكام من

سائر الكتب: إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذمياً لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع. وأجيب بأن الضمير في به راجع إلى التزام المقام، وفيه نظر لأنه يئول إلى أن يقال إنه بالتزوّج في بلد التزم المقام، وبالتزام المقام يصير الحربي ذمياً، ويلزم منه أنه بالتزوّج في بلد يصير الحربي ذمياً فعاد المحظور، وإن لم يجعل متعلقاً بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي إلى الحربية، ويجوز أن يقال: لا حاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث، وحينئذ يراد به الحربية، ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطاً إلى كونه ملبساً، ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لأن التزوّج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً وعرفاً لا سيما إذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة، وما ذكر في السير وجه الاستحسان لأن التزوّج وإن صلح دليلاً على التزام المقام كتزوّج الحربية للذمي إلا أن قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع. وردّ بأن هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك. وأجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بأنه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما. وأقول: إن ثبت في حربي يتزوّج في بلد المسلمين أن يصير به ذمياً روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان وإلا فلا. وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح، وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج إلى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالأولاد إليها باتفاق الروايات، وأما القسم

قوله: **(ويجوز أن يقال لا حاجة، إلى قوله: لأن التزوج في بلد يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً)** أقول: ولا يخفى عليك ما فيه. مع أنه مخالف لما يذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدوري أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً فتأمل في جوابه قوله: **(وأقول إن ثبت في الحربي إلخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وفيه نظر لأن الحربية بالتزوج إلخ)** فيه أن الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتمشى النظر؟

besturdubooks.wordpress.com

وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه، ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد. وجه الأول أن التزوّج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً، وهذا أصح. والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً: الوطن ووجود النكاح، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به، وكذا الجواب في القريتين، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لابأس به لأن فيه نظراً للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب، وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك.

وجوب التسليم والتسلم قوله: **(تفاوت)** أي بعد، وفي عكسه وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لا يجوز، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهي قريتها فحينئذ لها ذلك، ذكره في شرح الطحاوي. وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا، والأول هو المنصوص. ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد: إذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية إلى قرية فلها ذلك، إن كانت القرى قريبة ينظر بعضها إلى بعض ما لم يكن ذلك يقطعه عن أبيه إذا أراد أن ينظر إليه من يومه. وإذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع إلى قرى، إن كانت قريبة منها فليس لها ذلك إلا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى. وفيه أيضاً: وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وإن كانت أحق به إلا أن تكون وصية، والله أعلم.

الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الأقسام الباقية قوله: **(والحاصل)** ظاهر مما ذكرنا. قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين: لا بد من وصف آخر هو شرط فيه أيضاً، وهو أن لا ينتقل إلى دار الحرب وإن كانت وطنها ووقع العقد فيها، وفيه نظر لأن الحربية بالتزوّج في دار الإسلام تصير ذمية فأنى يتسنى لها الانتقال إليها. والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا إلينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج إلى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وإن وجد الأمران جميعاً والباقي ظاهر.

besturdubooks.wordpress.com

باب النفقة

قال: **(النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها)** والأصل في ذلك قوله تعالى: **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** وقوله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث حجة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن

باب النفقة

النفقة مشتقة من النفوق: وهو الهلاك، نفقت الدابة نفوقاً هلكت، أو من النفاق وهو الرواج، نفقت السلعة نفاقاً راجت. وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد. وفي الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك، فبدأ بالزوجات إذ هي الأصل في ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها. ثم بالسبب الأبعد. والأصل في ذلك قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** [البقرة: ٢٣٣] مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن، قيل هي الزوجات، وقيل هي المطلقات، والأول هو الظاهر، وقال تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾** [الطلاق: ٧] وقال تعالى **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** [الطلاق: ٦] وقرأ ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» وقال النبي ﷺ في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج «فاتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1] رواه مسلم وغيره.

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره. والنفقة اسم بمعنى الانفاق، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه. ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب: منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك. وفتح الباب بنفقة الزوجات لأن الزوجية أصل النسب فيقدم عليه والنسب أقوى من الملك لأن النفقة على الولد كالإنفاق على نفسه لكونه جزءاً منه وكذا على الولدين. قال: **(النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله)** قال في النهاية: هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فإنه ذكر في المبسوط، وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج؛ ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة. وقال في الإيضاح: وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها **(والأصل في ذلك)** أي في وجوب النفقة **(قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾)** أمر بالانفاق والأمر للوجوب **(وقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾)** أي بالوسط. وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان، وكلمة على للوجوب وقوله: **(ﷺ في حجة الوداع)** «أوصيكم بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان، اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً، وأن لا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح» (و) إن **(لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف، ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت**

باب النفقة

أقول: النفقة في الشرع والإدرار على الشيء بما به بقاؤه.

(١) صحيح. تقدم في كتاب الحج من حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام رواه مسلم وغيره.

besturdubooks.wordpress.com

بالمعروف» لأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه: أصله القاضي والعامل في الصدقات. وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة **(ويعتبر في ذلك حالهما جميعاً)**

وفي الصحيحين «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما آخذ من ماله بغير علم، فقال ﷺ: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»[1] والأحاديث كثيرة في الباب، وعليه إجماع العلماء. وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله: ما رأيت أحداً جبر على نفقة أحد يجب تأويله، والله أعلم بصحته قوله: **(وكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره)** أي لمنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه، فخرج الرهن فإن نفقته على الراهن لأن منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة، وخرج المنكوحة نكاحاً فاسداً حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت، أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع. وفي الفتاوى: رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوّجت منه، فإن لم يقرّ بأن الحبل منه كان النكاح فاسداً عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة. وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضاً لأنه ممنوع عن وطئها، ولو أقرّ أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات، والله أعلم قوله: **(أصله العامل في الصدقات)** والمفتي والوالي والقاضي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا قاموا بدفع عدوّ المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كنّ أو لا ولو غنيات. وقوله إذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطاً لازماً في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها، فإن طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضاً، وإن كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها. وقال بعض المتأخرين: لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها القدوري وليس الفتوى عليه. وقول الأقطع الشيخ أبي نصر في شرحه: إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لأنها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها قوله: **(وعليه الفتوى)** اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية، وقال: به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة إنه الصحيح. ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما، وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الأول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه، وعلى ظاهر الرواية يجب في الأول نفقة الإعسار لأنها وإن كانت موسرة لما تزوّجت معسراً فقد رضيت بنفقة المعسرين، وفي الثانية نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الأقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف، بل ترك ما إذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما إذا كانت معسرة وهو موسر. وكان الأولى حينئذ أن يقول: فإن كان أحدهما موسراً والآخر

نفقته عليه **أصله القاضي والعامل في الصدقات)** وتوقض بالرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن. وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضاً وهو كونه موفياً عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن **(وهذه الدلائل)** يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة **(لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما)** هذا لفظ القدوري قال المصنف: **(وهذا)** أي اعتبار حالهما في ذلك **(اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره)** أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام: قسمة عقلية، إما أن يكونا موسرين أو معسرين، أو الزوج موسراً والزوجة معسرة، أو بالعكس من ذلك. ففي الأول تجب نفقة اليسار، وفي الثاني نفقة الإعسار، وفي الثالث نفقتها دون نفقة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١١، ٥٣٦٤ ومسلم ١٧١٤ وأبو داود ٣٥٣٢ والنسائي ٨/٢٤٦، ٢٤٧ وابن ماجه ٢٢٩٣ والدارمي ٢١٧٦ والبغوي ٢١٤٩، ٢٣٩٧ والشافعي ٢/٦٤ والحميدي ٢٤٢ والبيهقي ٧/٤٦٦، ٤٤٧، ١٠/٢٦٩، ٢٧٠ وأحمد ٦/٥٠، ٢٠٦، ٣٩ كلهم من حديث عائشة.

besturdubooks.wordpress.com

قال العبد الضعيف: وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقته الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسراً فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان «خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف» اعتبر حالها وهو الفقه

معسراً واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال: فيه اعتبر حالها ووجهه أنه يصلح رداً لاعتبار حال فقط، يعني إذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط. ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما. ويورد عليه أن حديث هند خبر واحد، وقوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ [الطلاق: ٧] مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسرة معسرة كانت أولا، فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها، وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز، وأفاد المصنف دفع هذا بقوله: وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته، فإنه يفيد أن المفاد بالنص اعتبار حاله في الإنفاق، ونحن نقول إن المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها، والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجبه تكليفه بإخراج قدر حاله، والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته، اللهم إلا أن يقال: يجوز علمه ﷺ بأن زوجها كان موسراً فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف، ثم هذا البحث يتجه بالنسبة إلى هذه الآية، أما بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ [البقرة: ٢٣٦] فلا لأنه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله إلا أن هذه في المتعة لا في النفقة، ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على أنها ليست مسلوكاً بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر، أو أن قوله ﴿متاعاً بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية يقيده بالقدرتين: أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر، وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله: (وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما. وقد يقال لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والإعسار فإن الواجب فوق الإعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط. وأما في يسارهما فيمكن أن يقال: تجب نفقة هي وسط في اليسار، وأما في إعسارهما فيجب أيضاً نفقة وسط في الإعسار وهو بعيد، فإنه إذا فرض أن إعسارهما غاية في الإعسار فإنما تجب الغاية فيه لأن اعتبار

الموسرات وفوق نفقة المعسرات إذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوي والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البرّ وباجة أو باجتين. ولم يذكر المصنف القسم الرابع لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه: يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطاً، فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز البرّ وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر، ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال. وقال: وفي ظاهر الرواية يقول لما زوّجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله وقال الكرخي: (يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، والدليل عليه (قوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾) ﴿ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعاً وأمره بالإنفاق فلا مصير إلى غيره. وجه الأول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما قوله: (ﷺ لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها «أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل

قوله: (فإن الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول: يعني القاضي يفرض لها نفقة.

besturdubooks.wordpress.com

فإن النفقة تجب بطريق الكفاية، والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة، ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته، ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدّان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ، لأن ما

حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك. والوجه أن المراد بالمعروف في قوله ﷺ «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك» ما يقابل المنكر فيستقيم، فإن المعروف في متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية إعسارها وإعساره المعروف دون التوسط فيه. والحاصل أن على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والإعسار، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الإدام لأن الخبز لا يؤكل إلا مأدوماً قوله: **(لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه)** لأنه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الأوقات. وفي المبسوط: وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة ففي الكسوة مثله، وإذا اختلفا في اليسار والإعسار فالقول قول الزوج في العسرة، كذا في الأصل. وأشار شيخ الإسلام إلى أن القول قولها: إنه قادر، وهو ما ذكره محمد في الزيادات. ومن المتأخرين من قال: ينظر إلى زيه إلا في العلوية والفقهاء، وإذا كان القول قوله: ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السرّ فليس ذلك على القاضي، وإن فعله فأتاه عنه أنه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر إلا أن يخبره بذلك عدلان أنهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين: فإن أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما، فإن أقامت البينة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر، كذا في كافي الحاكم قوله: **(حتى تعود إلى منزله)** يفيد أن النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزله، والتحرير أن المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء إلى المنزل سواء كان بعدها خروجها أو امتنعت عن أن تجيء إلى منزله ابتداء بعد إيفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها إياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحوّلها إلى منزله أو يكتري لها منزلاً، فإن كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة. وفي الفتاوى وقالت إنما خرجت لأنك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة. وفي الفتاوى للنسفي: لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث إليها أجنبياً ليحملها إليه

شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر حالها ولقائل أن يقول: هذا الدليل غير مطابق للمدعي لأن المدعي هو الاعتبار بحالهما. والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ. ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها، وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به، فإذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبراً من وجه وحالها كذلك. فإن قيل: هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد. فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما. قال المصنف اختياراً منه لقول الخصاف **(وهو)** أي اعتبار حالهما هو **(الفقه، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة)** يعني على كفايتها نظراً إلى حال الزوج. وأجاب عن قوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** وقوله: **(ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه)** لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع، لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي ديناً في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز. وقوله: **(ومعنى قوله بالمعروف الوسط)** إشارة إلى ما قدمنا أن تفسير قوله تعالى **﴿وكسوتهن بالمعروف﴾** ـ الوسط ليكون جواباً عن قول الخصم إنه تعالى قال ـ وعلى المولود له ـ اعتبر الرجل، وقال ـ بالمعروف ـ إشارة إلى أن لا يزاد على ما في وسعه إن كانت حالتها

وقوله: **(والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد)** أقول: لا يبعد أن يدعي شهرته قوله: **(فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين إلخ)**.

besturdubooks.wordpress.com

وجب كفاية لا يتقدّر شرعاً في نفسه **(وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة)** لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلاً فائت **(وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله)** لأن فوت

فأبت لعدم المحرم لها النفقة قوله: **(لا يستمتع بها)** أي لا توطأ. وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء، وبه قيد الحاكم قال: لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها إلى أن تصير إلى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الأب. واختلف فيها، فقيل: أقلها سبع سنين، وقال العتابي: اختيار مشايخنا تسع سنين. والحق عدم التقدير، فإن احتماله يختلف باختلاف البنية، وعلى قولنا: جمهور العلماء والشافعي في قوله: المختار عندهم. وفي قوله له: تجب، وإن كانت في المهد لإطلاق النصف وهو قول الثوري والظاهرية. قلنا: أما قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن﴾** [البقرة: ٢٣٣] فمرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر. وأما قوله تعالى **﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾** [الطلاق: ٧] فإنما فيه الأمر بالإنفاق: يعني على من يستحقها، ولم ينص على من يستحقها، فثبوت من يستحقها خارج على أنه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن؛ ألا ترى أن ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه. وأما حديث جابر فقوله ﷺ فيه «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[1] فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن، ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فإنه إهلاك أو طريقه. ولو سلم فالإنفاق على أن عمومه غير مراد، فإن الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه. وحاصله أن الزوجة أجنبية، فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره إلحاقاً للمالك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة، أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج: أعني الوطء أو دواعيه، أو لاحتباسها مطلقاً لا يجوز الأول لأن إيجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم إيجابها بسبب ملك ناقص، إذ ليس هو في معناه إلا أن يكون إيجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك، ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها

تقتضيه. ووجه كونه جواباً أنه إذا كان مفسراً بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب **(قوله وبه)** أي بقوله ﷺ لهند «خذي من مال زوجك ما يكفيك» يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف، لأن ما وجب كفاية. لا يتقدر في نفسه شرعاً لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشاب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن، ففي التقدير قد يكون إضراراً. قال: **(وإن امتنعت من تسليم نفسها)** إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة، فإما أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أولا، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها، فمطالبة أحدهما لا يسقط الآخر، وإن كان الثاني فهي ناشزة لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك، وإنما قيل الخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعاً أو كرهاً فلا تبطل النفقة، فإن كان المنزل ملكاً لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة. فإن قيل: الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها؟ فالجواب أنا لا نسلم أنها لم تفصل لأنه تعالى قال **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾** وذلك قد يشير إلى تسليم النفس لأن الولادة بدونه لا تتصور. وقوله: **(بخلاف ما إذا امتنعت)** متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها. وقوله: **(وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها)** أي لا توطأ **(فلا نفقة لها)** سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع **(لأن امتناع الاستمتاع إنما هو لمعنى فيها، والاحتباس الموجب هو ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح)** وهو الجماع أو دواعيه **(ولم يوجد)** لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح

أقول: من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فإنه ينادي على أن لا معارضة بينهما.

---

(١) تقدم في كتاب الحج في صفة حجه ﷺ رواه مسلم وأصحاب السنن.

besturdubooks.wordpress.com

الاحتباس منها، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً **(وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها)** لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد، بخلاف المريضة على ما نبين. وقال الشافعي: لها النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين. ولنا أن المهر عوض

على أحد الأوجه التي ذكرناها وسنوردها وجهاً وجهاً، وأيضاً عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضاً عوضاً وإلا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان، ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوّجها على ألف وعبد لأن الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضاً كذلك وذلك المهر دون النفقة لأنها تجب شيئاً فشيئاً، ولو كانت جزءاً من العوض لزم جهالة أي العوضين فإنما تجب بحادث شيئاً فشيئاً وهو الاحتباس نظراً إلى بقائه وهذا طريق المصنف، وعلى هذا يجب أن يقول: النفقة في المرقوقة أيضاً جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستحمام الذي من جملته الوطء إن أمكن لا للملك وهذا حق؟ ألا يرى أنه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الأخير لانتقاضه بالناشزة، وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم، وإنما لم نقل فتعين الثاني عقيب إبطال الأقسام لئلا يكون مبرأ، فلما أثبتنا المناسبة بظهور الأثر لم يبق إلا صورة السبر وإنما هو في الحقيقة إثبات علية ما عيناه بظهور أثره وإبطال ما عينوه. هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فإن لهن النفقة ولا احتباس للوطء. وأجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعاً مقصوداً بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج، بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلاً فلا تجامع فيما دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج، ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة. قالوا: فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة، كذا في الذخيرة، وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهي للجماع فرض محال، لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهي للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج. نعم هنا شيء وهو أن قولنا: الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهي للوطء أو لا تطيق الوطء، فإن كان الأول فالملازمة حقه، وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح. والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقاً ولا من واحد ممن يطيق الوطء، والظاهر أن من كانت بحيث تشتهي للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة، وإن لم تطقه من خصوص زوج مثلاً فتجب لها النفقة، ومن لا فلا تجب لها نفقة.

لدواعيه لأنها غير مشتهاة، واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة. وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذاً أو غيره، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا، حتى قالوا: إن كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة وقال الشافعي: **(لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما المملوكة بملك اليمين)** وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة، والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة **(ولنا أن المهر عوض عن الملك)** لأن العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة، وإذا كان المهر عوضاً لا تكون النفقة عوضاً لئلا يجتمع عوضان **(عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)** وقوله: **(وإن كان الزوج صغيراً)** بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر، ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة، ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيراً. قال في الذخيرة: لا نفقة لها لأن المنع لمعنى جاء من جهتها، وأكثر ما يكون في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم، ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة،

قوله: **(مستحق بالنكاح وهو الجماع)** أقول: الأظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين أن يقول وهو التمكن من الجماع.

besturdubooks.wordpress.com

عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوّض واحد فلها المهر دون النفقة **(وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله)** لأن التسليم قد تحقق منها، وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين **(وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها)** لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه، وكذا إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة، والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقياً تقديراً، وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف أن لها

وفي خزانة الفقيه أبي الليث: عشر من النساء لا نفقة لهن: الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر، وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها، والمحبوسة في دين، والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها، والأمة إذا لم يبوّئها مولاها، والمنكوحة نكاحاً فاسداً، والمرتدة، والمتوفى عنها زوجها، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة قوله: **(وإن كان صغيراً إلخ)** ذكر حكم العجز من الطرفين منفرداً ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعاً بأن كانا صغيرين لا يطيقان، ولو اعتبر جانبه تجب، ولو اعتبر جانبها لا تجب، وفي الذخيرة: لا نفقة لها، وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة، وعن هذا قلنا: إذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة، ولا يخفى إمكان عكس الكلام فيقال: يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب إلى آخره، والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجوداً وعدماً فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير قوله: **(وعن أبي يوسف لها النفقة)** أي في صورتين حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها، واختاره السغدي والفتوى على الأول وهو قول محمد: لأن النفقة عليه عوضاً عن احتباسه إياها، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقياً تقديراً فتجب مع فواته، فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديراً قائماً ففات حقيقة وحكماً وهو الموجب ليس غير، فعند عدمه ينعدم الحكم، ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآجر، بخلاف ما لو حبس هو ظلماً أو في حق يقدر على إيفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طلقها بعد الدخول، وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمد فيه قوله: **(وكذا إلخ)** أي لا نفقة لها إذا حجت مع محرم، بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقاً قوله: **(لأن إقامة الفرض عذر)** قلنا نعم، ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقياً تقديراً إذا كان الفوات من جهته، ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن

وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب. وقوله: **(وإذا حبست)** ظاهر. وقوله: **(والفتوى على الأول)** يعني على ظاهر الرواية، وهو أن لا نفقة للمغصوبة فيما مضى. وقوله: **(لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقياً تقديراً)** بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقياً، أما إذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقياً تقديراً وبدونه لا يجب النفقة. وقوله: **(وكذا إذا حجت مع محرم)** يعني بدون الزوج لا تجب النفقة **(لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر)** وكلامه واضح. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنها هي المستحقة عليه. وقوله: **(فإن مرضت في منزل الزوج)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر، وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين. وقوله: **(وفي لفظ الكتاب)** يعني القدوري **(ما يشير إليه)** وهو قوله فإن مرضت في منزل الزوج فإنه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فمرضت فيه. وقوله: **(ويفرض على الزوج النفقة**

قوله: **(وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة إلخ)** أقول: فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك.

قوله: **(وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب)** أقول: وفيه بحث، إذ لا نسلم أنه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة، وإنما تستحقها أن لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد.

besturdubooks.wordpress.com

النفقة لأن إقامة الفرض عذر، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه، ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر. ولا يجب الكراء لما قلنا **(فإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة)** والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع. وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض. وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب

يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه قوله: **(لما قلنا)** أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة. وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة قوله: **(ويمسها)** أي ويمسها استمتاعاً ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائماً، وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس. والله أعلم قوله: **(قالوا هذا حسن، وفي لفظ الكتاب إشارة إليه)** وهو قوله: وإن مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض. ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله: النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها في منزله، وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف، وليس الفتوى عليه، بل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها، والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية. قال في الأصل: نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطاع جماعها. وفي شرح الطحاوي: إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة. وقال الحلواني: قالوا إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضاً يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للأول. قال في الخلاصة: لو كانت مريضة ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب. وفي الأقضية: لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب. وفي الجامع الكبير: سواء أصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها، وهذا جواب ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن ينقلها، وإن انتقلت من غير رضاه يردها إلى أهلها، أما إذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردها إلى أهلها انتهى، كله من الخلاصة: وبه يظهر لك ما حكمنا به فيمن اختار قول: أبي يوسف، ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها قوله: **(وتفرض على الزوج النفقة إلخ)** قال المصنف: والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصل ليحتاج إلى الاعتذار عنه فإن ما تقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فإن الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية. الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة تفرض إذا طلبت فأفاد ما قلنا، ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق

لما) كان قوله ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً مكرراً اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر. واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج، فمنهم من قال: المملوك لها حتى لو كانت حرّة أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم، فإذا لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، ومنهم من قال: كل من يخدمها حرة كانت

besturdubooks.wordpress.com

لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن. وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه قال: **(ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها)** والمراد بهذا بيان نفقة الخادم، ولهذا ذكر في بعض النسخ: وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة

إلا إذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها، فإن لم يعط حبسه، كذا في الخلاصة. وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع، فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الأصلح والأيسر؛ ففي المحترف يوماً بيوم: أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلاً دفعة، وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلاً، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم، وإن كان تاجراً يفرض عليه نفقة شهر بشهر، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة، أو من الصناع الذين لا ينقضي عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك. ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله أن يمتنع من إعطاء الزائد، وفي الأقضية يفرض الإدام أيضاً أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن، وقيل: في الفقيرة لا يفرض الإدام إلا إذا كان خبز شعير، والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم، ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها، فإن كانت غنية تستأجرْ من ينقله ولا تنقله بنفسها، وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها، وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مئونة الجماع، وفي كتاب رزين جعله عليها، وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج، فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول: عليه لأنه مئونة الجماع، ولقائل أن يقول: عليها كأجرة الطبيب. وفي المحيط: إذا كان للزوج عليها دين فقال: احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك، بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يتقاصاه. وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوّجها وبنى بها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر، والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة، وللزوج أن يرفع إلى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه، وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها إن لبست لبساً معتاداً تبين أن ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطأه في التقدير، وإن تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى، ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم، ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم، كذا في الأقضية. ولو كانت تلبس يوماً وتترك يوماً توفيراً يجدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل، ولو لبست دائماً ولم تتخرق لم يجدد لها إذا فرغ الفصل، ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضاً يفرض وفي المحارم لا يفرض. وفي أدب القاضي الخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة. وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته. ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف، ولم يذكره محمد أصلاً. قال السرخسي: لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك، ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى. وقيل: اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت، فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف، فعلى المعسر قال محمد: درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء، وعلى الموسر درع يهوذي أو هروي وملحفة دينورية وخمار إبريسم وكساء أذربيجاني، ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار إبريسم، فذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء، إلا أن القميص يكون مجيباً من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر،

أو مملوكه لها أو لغيرها تستحق وقوله: **(ولا يفرض لأكثر من خادم واحد)** ظاهر. وقوله: **(وقالوا)** يعني المشايخ **(إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم)** واليسار ههنا مقدّر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة. وقوله: **(وهو أدنى الكفاية)** يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الإدام دون الخبز، وأعلى الإدام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن.

besturdubooks.wordpress.com

خادمها. ووجهه أن كفايتها واجبة عليه، وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه **(ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً، فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه، وقالوا: إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية. وقوله في الكتاب إذا كان موسراً إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهو الأصح خلافاً لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها **(ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه)** وقال الشافعي: يفرق، لأنه عجز عن

ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم، وفي كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب. وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف، أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة، ولا يكتفي بفراش واحد لهما، لأنها قد تنفرد في الحيض والمرض، وفي الأثر: «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان». وإذا أرسل ثوباً فاختلفا فقالت: هدية وقال: من الكسوة فالقول له، فإن أقاما البينة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه، فالبينة بينة الزوج لأنه هو المدعي للقضاء، وكذا في دراهم فقالت: هدية وقال: نفقة أو قال: من المهر وقالت: نفقة، وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة قوله: **(ووجهه أن كفايتها إلخ)** ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه؟ قال بعضهم المملوك، فلو لم يكن لا تستحق، وقال بعضهم: كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها. وفي الفتاوى الصغرى: لو كانت المنكوحة أمة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الأشراف، ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي: فرض ما تحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن لا أعالج شيئاً من ذلك لا تجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك. وقال الفقيه: هذا إن كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها، فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله. وفي بعض المواضع تجبر على ذلك. قال السرخسي: لا تجبر، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح. وقالوا: إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضاً إن شاء الله تعالى قوله: **(وقال أبو يوسف لخادمين)** وهكذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند، ووجه الدفع ظاهر من الكتاب قوله: **(ولأنه لو تولى)** أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافياً قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية لو قال الزوج: أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل. وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه، وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي قوله: **(خلافاً لما يقوله محمد رحمه الله)** وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسراً. وجه الظاهر أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها، وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط، وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما، وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب

وقوله: **(خلافاً لما قاله محمد)** يعني ما قاله محمد إن الزوج إذا كان معسراً وكان لها خادم يجب عليه نفقته، لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسراً. وقوله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الأصح **(ومن أعسر بنفقة امرأة لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه)** أي اشتري الطعام نسيئة على أن تقضي الثمن من مال الزوج **وقال الشافعي: (يفرق، لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف)** فيلزمه التسريح بإحسان، فإن أبى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني، وهذا التفريق

bestudubooks.wordpress.com

الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابة في التفريق كما في الجب والعنة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى. ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر، والأول أقوى في الضرر، وهذا لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فتستوفي الزمان

نفقة الخادم ديناً عليه، ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لأنه استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال، والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس، والله أعلم. ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقاً. وفي التجنيس: امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم، فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها قوله: **(ومن أعسر بنفقة امرأته إلخ)** بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية؛ ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه. وقال الخصاف: الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج، وبقول الشافعي: قال مالك وأحمد في ظاهر قوله، وعنه رواية كقولنا، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن، وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد وطلاق عند مالك. ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ، وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال: ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضراً، أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي: نعم إذا تحقق العجز عن النفقة. قال صاحب الذخيرة: في هذا الجواب نظر، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه، والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الاستروشنني فتكون الشهود علمت مجازه مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكره ظهير الدين. واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره ليجيء ما قال: وهو أن تتعذر النفقة عليها. قال القاضي أبو الطيب من الشافعية: إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ. قال في الحلية: وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين قوله: **(لأنه عجز إلخ)** استدلوا بالمنقول والمعقول، أما المنقول فما في سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وساق الحديث إلى أن قال: «وابدأ ممن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني، خادمك يقول أطعمني واستعملني، ولدك يقول أطعمني إلى من تتركني؟»[1] هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان. وقال الدارقطني: حدثنا أبو بكر الشافعي: حدثنا محمد بن بشر بن مطر، حدثنا شيبان بن فروخ، حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح

عنده فسخ لا طلاق **(ولنا أن حقه)** بالتفريق **(يبطل)** إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد، وحقها يتأخر لأن النفقة تصير ديناً بفرض

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧، ٢٩٦ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ وكذا النسائي كما ذكر الكمال كلهم من حديث أبي هريرة، وفيه ابن عجلان قال في التقريب: اختلطت عليه أحاديث أبي هريرة. وذكره ابن حجر في الفتح ٩/ ٥٠١ ونسبه للنسائي من طريق ابن عجلان، وقال: هو وهم والصواب ما أخرجه النسائي وغيره من وجه آخر عن ابن عجلان وفيه: «فسئل أبو هريرة: من يقول يا أبا هريرة، وقد تمسك بعض الشراح بهذا وغفل عن الرواية الأخرى وكذا وقع للإسماعيلي قال أبو هريرة: تقول امرأتك. وأما ما رواه الدارقطني من حديث أبي هريرة مرفوعاً «تقول لزوجها أطعمني...» قال ابن حجر: لا حجة فيه لأن في حفظ عاصم شيئاً. ففي حديث آخر قيل لأبي هريرة تقول من قوله أو من قول رسول الله ﷺ قال: هذا من كيسي اهـ.

besturdubooks.wordpress.com

الثاني، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل. وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج، فإما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج (وإذا

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني»[1] الحديث. وقال الدارقطني: حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقي بن قانع وإسماعيل بن علي قالوا: أخبرنا أحمد بن علي الخزان، حدثنا إسحاق بن إبراهيم البارودي، حدثنا إسحاق بن منصور، حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما[2]. وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله[3]. وقال سعيد بن منصور في سننه: حدثنا سفيان عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت: سنة؟ قال: سنة[4]. وهذا ينصرف إلى سنته ﷺ. وغايته أن يكون من مراسيل سعيد، والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقاً، وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى، لأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت، وأيضاً منفعة الجماع مشتركة بينهما؛ فإذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها أولى، وقياساً على المرقوق فإنه يبيعه إذا أعسر بنفقته قوله: (ولنا) المنقول والمعنى، أما المنقول فقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص، وأما المعنى فهو أن في إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفي إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى، وبه فارق الجب والعنة والمملوك لأن حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج، ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك، ويخص المملوك أن في إلزام بيعه إبطال حق السيد إلى خلف هو الثمن، فإذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في إلزامه بيعه، إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد، بخلاف إلزام الفرقة فإنه إبطال حقه بلا بدل، وهو لا يجوز بدلالة الإجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه، وأما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله: إنه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله ﷺ، فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك. قال

القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والأول أقوى في الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى. وقوله: (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة. وتقريره أن هذا قياس مع الفارق وهو باطل، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع. فإن قيل: لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لأنها صارت ديناً بفرضه. أجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة مع

قال المصنف: (وفائدة الأمر بالاستدانة إلخ) أقول: وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ من حديث أبي هريرة، وفيه عاصم بن بهدلة وهم فيه حيث جعله مرفوعاً، والصواب أنه كلام أبي هريرة كما ذكر ابن حجر في الذي قبله، وكذا ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٤٧٠

(٢) موقوف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ كلاهما عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٧/ ٤٧٠ كلاهما من حديث أبي هريرة، وفيه عاصم بن بهدلة قال ابن حجر في التقريب: صدوق له أوهام.

وقال في التلخيص: هذا الحديث أعله أبو حاتم، ثم ذكر ابن حجر كلاماً طويلاً، ورجح ضعف الحديث المرفوع اهـ.

وقال أبو حاتم في علله ١٢٩٣: وهم إسحاق بن منصور في هذا الحديث إنما هو عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً حديث ابدأ بمن تعول تقول امرأتك أنفق علي أو طلقني. فتناول هذا الحديث اهـ. يعني إسحق قلب الإسناد لمتن آخر.

(٤) مقطوع. أخرجه البيهقي ٧/ ٤٦٩ والشافعي ٢/ ٦٥ كلاهما عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه وإسناده صحيح.

besturdubooks.wordpress.com

قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار،

الطحاوي: كان زيد بن ثابت يقول: المرأة في الأرش كالرجل إلى ثلث الدية، فإذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل. قال ربيعة بن عبد الرحمن: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟ قال: عشر من الإبل، قلت: فإن قطع إصبعين، قال: عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاثاً، قال: ثلاثون من الإبل، قلت: فإن قطع أربعاً من أصابعها، قال: عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها. قال إنه السنة. قال الطحاوي لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت، فسمى قوله: سنة فيكون ما قاله اعتماداً على ما عن أبي هريرة موقوفاً عليه، هذا بعد تسليم صحته، وإلا فقد روي عن سعيد كقولنا: فاضطرب المروي منه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر، وأما المروي عن أبي هريرة مرفوعاً عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط[1]، وإنما هو من قول: أبي هريرة. روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «أفضل الصدقة ما ترك غنى» وفي لفظ: «ما كان عن ظهر غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول: المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول: العبد أطعمني واستعملني، ويقول: الولد أطعمني إلى من تدعني» قالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ، قال: لا هذا من كيس أبي هريرة[2]، فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة، ثم ليس في قول: أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم الطلاق، وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عيناً وهو الاتفاق، فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي ﷺ على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا، مثل ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] يعني ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوّشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا، وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال: مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول: سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي وروايته ذكره ابن القطان في الوهم والإيهام[3] قوله:

الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها الزوج واعلم أن العجز عن النفقة إنما يظهر عند حضور الزوج، وأما إذا كان غائباً غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الأمر إلى الحاكم الشافعي ففرق بينهما. قال مشايخ سمرقند: جاز تفريقه لأنه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب. وقال صاحب الذخيرة: الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث وهو ضعيف كما ذكر الكمال وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٥٥ والبيهقي ٧/ ٤٦٦، ٤٧١ وأحمد ٢/ ٥٢٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

واللفظ للبخاري ووقع صريحاً عند أحمد في وسط الحديث، وإليك لفظه: «عن النبي ﷺ قال: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تقول. قال ـ أي أبو صالح ـ: سئل أبو هريرة: من تعول قال: امرأتك تقول: أطعمني أو أنفق عليّ ـ شك أبو عامر أحد الرواة ـ أو طلقني، وخادمك يقول: أطعمني واستعملني، وابنتك تقول إلى من تذرني» هذا سياق أحمد فهذا صريح أن باقي الحديث من كلام أبي هريرة.

قال ابن حجر في الفتح ٩/ ٥٠١: قول أبي هريرة: «من كيسي» هو استنباط منه مما فهمه من الحديث المرفوع.

(٣) تقدم قبل قليل وأنه وهم ابن عجلان فيه فجعله من كلام رسول الله ﷺ، والصواب أنه كلام أبي هريرة.

تنبيه: وأما ما ذكره الكمال من أن رواية الدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً بمثله. وأن الضمير يعود على رواية النسائي لا على قول ابن المسيب وهو: يفرق بينهما إلخ.

فقيه نظر: لأن ابن أبي حاتم في علله بين أن إسحق بن منصور وهم فيه فجعل حديث أبي هريرة مثل قول ابن المسيب في الرجل لا يقدر أن ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما اهـ.

ذكرت هذا لأن ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٤٧١ جعل الوهم من البيهقي حيث عطف حديث أبي هريرة على كلام ابن المسيب. وقدبين أبو حاتم الرازي أن الواهم هو عباد بن منصور، وأنه روى عن أبي هريرة مرفوعاً مثل كلام ابن المسيب، وانظر علل أبي حاتم ١٢٩٣.

sturdubooks.wordpress.com

وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب، فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها **(وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى)** لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي، بخلاف

(إحالة الغريم على الزوج) أي وإن لم يرض الزوج وفي التحفة: فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لربّ الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج، وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وفي شرح المختار: المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسراً ولها ابن من غيره موسراً وأخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الأخ إن امتنع لأن هذا من المعروف. قال شارح الكنز: تبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسراً وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب قوله: **(تتم لها نفقة اليسار)** هكذا مشى عليه أيضاً صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ما ذكره أول الباب قول الخصاف: ثم بنى الحكم على قول الكرخي، ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقداراً ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن يزيد في الفرض، ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص قوله: **(وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب)** لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار، ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله قوله: **(لم ينفق عليها)** بأن غاب عنها أو كان حاضراً وامتنع.

والحاصل أن نفقتها لا تثبت ديناً في ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار في ذمته ديناً إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد. وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير ديناً عليه إلا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فإنها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الأصح قوله: **(لأنها صلة)** أي من وجه قوله: **(وليست بعوض)** أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزاء الاحتباس، فمن حيث أنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض، ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب، ومن حيث أنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك إلا بالقبض

يكون قادراً فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه إذ العجز لم يثبت، وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته فتمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار. وقوله: **(وما قضى به)** جواب عما يقال ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول. وتقريره ما قضى به تقديراً لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً. وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازماً لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه، وإذا لم يكن لازماً لم يستحكم فيه حكم الحاكم، فإذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الإعسار على الموسر، لأن ما لا يكون لازماً فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير، وكذلك حكم عكس هذه المسئلة. وقوله: **(وإذا مضت مدة)** ظاهر. وقوله: **(على ما مر من قبل)** يريد قوله لأن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد. فإن قيل: ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضاً عن الاستمتاع والقيام عليها. قلت: ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفاً في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضاً فإن قيل: لو كانت صلة لما وجبت على

besturdubooks.wordpress.com

المهر لأنه عوض **(وإن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة)** وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض. وقال الشافعي رحمه الله: تصير ديناً قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون، وجوابه قد بيناه **(وإن أسلفها نفقة السنة)** أي عجلها **(ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله،**

فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضى بها أو اصطلحا لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه، ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملاً بالدليلين بقدر الإمكان. وذكر في الغاية معزّواً إلى الذخيرة أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه، إذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلاً وهذا حق وقد تقدم الوجه. وقوله: في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من إثبات أنه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض، ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة، ومن ادّعى على امرأة نكاحاً وهي تجحد فأقام البينة لا نفقة لها، وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول: ينبغي أن تجب لأنها صارت مكذبة شرعاً وكذا الزوج وإلا فلا يخفى ما فيه من الأضرار وفتح باب الفساد خصوصاً عند اضطرارها للنفقة مع حبسها قوله: **(وإن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت)** هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما إذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف، والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لأن الاستدانة بأمر منه له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته: أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط قوله: **(لأن النفقة صلة والصلة تبطل بالموت)** فإن قيل: قد قلتم إنه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكداً للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة. فالجواب أن بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير الصلة كغير الصلة، وإذا كان معنى الصلة باقياً أثر الموت في سقوطه بسبب أنه يبطل الأهلية بالكلية فكان أقوى في إبطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت إلى زيادة وهو الأمر بالاستدانة، وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها.

المكاتب. أجيب بأنها صلة من وجه، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج، فإذا ثبت أنها صلة لا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي. وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض **(وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة)** وما كان أمرها بالاستدانة عليه **(ومضت شهور وسقطت النفقة وكذلك إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض)** وإنما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لأنه إذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لأن القاضي لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت، فكذا إذا استدانت بحكم القاضي. فإن قيل: القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لأنها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد. أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لأن المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت. قال في الإيضاح: إنها وإن صارت ديناً عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض. وقوله: **(وقال الشافعي)** ظاهر وقوله: **(وجوابه قد بيناه)** إشارة إلى ما تقدم من قوله. ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوّض واحد فلا تكون النفقة عوضاً عن البضع. قال: **(وإن أسلفها نفقة السنة)** يعني إذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحتسب لها بنفقة ما مضى وما

sturdubooks.wordpress.com

يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة. ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة، ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع. وعن محمد رحمه الله أنها قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لأنه يسير فصار في حكم الحال **(وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها)** ومعناه إذا تزوّج بإذن المولى لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته

[فرع] إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم؟ إن كانت غير مفروضة لا يصح لأنه إبراء قبل الوجوب، وإن كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الأول فقط، وكذا لو قالت: أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا لأن القاضي إذا فرض كذا كل شهر فإنما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض، وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الإبراء عنها. ولو أبرأته بعد ما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برىء عما مضى وعن شهر قوله: **(وما بقي للزوج)** فترده، وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما، والموت والطلاق قبل الدخول سواء، وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا، فقيل ترد، وقيل لا تسترد بالاتفاق لأن العدة قائمة في موته كذا في الأقضية قوله: **(ولا رجوع في الصلات بعد الموت)** بخلاف القاضي ونحوه لأن تصرف الإمام في بيت المال مقيد بشرط النظر، والنظر أن يؤخذ منه ويعطي لمن يلي بعده من القضاة قوله: **(وعن محمد)** وهو رواية ابن رستم عنه: لا ترد نفقة الشهر وما دونه، فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد، ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقي شهر فأقل لا يرجع بشيء. وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح، فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد. وهل يقاس على الموت؟ قال الحلواني: فيه كلام. وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال: المختار عندي لا تسقط قوله: **(فنفقتها دين عليه)** أي إذا قضى القاضي بها فيباع فيها، فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضاً، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانياً، وكذا حاله عند المشتري وهلم جرا. ولا يباع مرة بعد أخرى إلا في دين النفقة لأنها تتجدد شيئاً فشيئاً على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري، وأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه قوله: **(إذن المولى)** لأنه لو كان بغير إذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة، ودخل بها طولب بالمهر بعد العتق، ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء، ولو كان مدبراً أو مكاتباً أو ولد أم ولد ولا يباع بالنفقة بعدم جواز البيع، إلا أن المكاتب إذا عجز يباع حينئذ لأنه حينئذ قبل النقل، هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبداً لمولاها فنفقته على المولى، وإن كانت

بقى للزوج إن كان قائماً وقيمته إن كان مستهلكاً وهو قول الشافعي. ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(لأنه يسير فصار في حكم الحال)** يعني إذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت، فكذا لا تسترد إذا عجل لها نفقة الشهر. وقوله: **(وإذا تزوّج العبد حرة)** ظاهر قال شمس الأئمة السرخسي: فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانياً وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذاك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون، فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء، وكذا إذا قتل. وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عن قول الكرخي إنها تكون في قيمته. قال الشيخ أبو الحسن القدوري: الصحيح أن تسقط لأنها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط

besturdubooks.wordpress.com

كدين التجارة في العبد التاجر، وله أن يفدي لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة، فلو مات العبد سقطت، وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة **(وإن تزوّج الحر أمة فبوّأها مولاها معه منزلاً فعليه النفقة)** لأنه تحقق الاحتباس **(وإن لم يبوئها فلا نفقة لها)** لعدم الاحتباس، والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها، ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس، والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح، ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً، والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة، والله تعالى أعلم بالصواب.

حرة فولده حر، ولا تجب نفقته على مملوك ولا على مولاه لأن ولده أجنبي منه، وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما للمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم في كتابتها حتى كان كسب الولد لها، وكذا أرش الجناية عليه قوله: **(في الصحيح)** احتراز عما عن الكرخي أنها تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه، قال الشيخ أبو الحسين القدوري: هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت قوله: **(وإن تزوّج الحرّ أمة)** قَيْدُ الحرّ اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة، وإنما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الأولى فإنه إذا لم تجب على الحر الذي هو ادخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم أن لا تجب على ما ذكر قوله: **(لعدم الاحتباس)** أي من الزوج والمنع من السيد، وإن كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره، بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتاً وليس هنا كذلك قوله: **(والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح)** في باب نكاح الرقيق، ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه، فإذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها، واستردادها بعد ذلك ليس رجوعاً فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا، فكلما استردها سقطت، فإذا رجع فبوأها وجبت، ولو خدمت المولى أحياناً من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد قوله: **(والمدبرة وأم الولد في هذا)** أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة **(كالأمة)** ولم يذكر معهما المكاتبة لأنها في استحقاق النفقة إذا تزوّجت بإذن المولى كالحرة لاختصاصها لنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة.

بالموت لا في دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب إذا تزوجا بإذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب **(وإن تزوج الحرّ أمة فبوأها)** ظاهر. وقوله: **(فلا نفقة لها لعدم الاحتباس)** قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعاً فكان كاحتباس الحرة لأجل صداقها فينبغي أن لا تسقط. وأجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من إيفاء ما لزمه، وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج. وقوله والتبوئة غير لازمه جواب سؤال تقدير لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقصها بالاستخدام. وتقرير الجواب التبوئة غير لازمه **(على ما مر في النكاح)** أي في باب نكاح الرقيق حيث قال: إذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لو يزل بالنكاح. وقوله: **(ولو خدمته الجارية به أحياناً من غير أن يستخدمها)** ظاهر **(وأم الولد في هذا)** أي في عدم وجوب النفقة **(والمدبرة كالأمة)** ولم يذكر المكاتبة لأنها إذا تزوجت بإذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة، ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة.

sturdubooks.wordpress.com

فصل

(وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك) لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة، وإذا وجب حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن على متاعها، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع، إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاض حقها (وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لأن المنزل ملكه

فصل

قوله: (ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقيل أيضاً لا يسكنها معها إلا برضاها، والمختار أن ذلك لأنه محتاج إلى استخدامها في كل وقت، فإذا أفردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرّة قوله: (مقروناً بالنفقة) في قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] فإن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم، وكذلك قرأ ابن عباس: والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية واجبة إجماعاً قوله: (ليس له أن يسكنه معها) قيل إلا أن يكون صغيراً لا يفهم الجماع فله إسكانه معها قوله: (ولو أسكنها في بيت من الدار مفردة وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق أفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركاً بعد أن يكون له غلق يخصه، وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، وبه قال القاضي الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال، ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركاً بينهم وبين غير الأجانب، والذي في شرح المختار: ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرّتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتاً وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ليس لها أن تطلب بيتاً، ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضي ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بها أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله: (لما فيه) أي المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح «لا يدخل الجنة قاطع»[1]، وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الرحم شجنة من الرحمٰن، قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته»[2] والشجنة بكسر الشين وضمها. قال أبو عبيد: قرابة مشتبكة كاشتباك العروق، وقال الخطابي: يعني

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى. قال: (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة) حيث قال ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ وفي قراءة ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» (وإذا وجب السكنى حقاً لها فليس له أن يشرك غير ما فيها لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه

فصل وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٨٤ ومسلم ٢٥٥٦ وأبو داود ١٦٩٦ والترمذي ١٩٠٩ والبيهقي ٧/ ٢٧ والبغوي ٣٤٣٧ وابن حبان ٤٥٤ وعبد الرزاق ٢٠٣٢٨ وأحمد ٤/ ٨٤ . ٨٠ . ٨٣ والبخاري في الأدب المفرد ٦٤. من طرق كثيرة كلهم عن الزهري عن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه مرفوعاً هكذا باختصار.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٩٨٨ بهذا اللفظ وابن حبان ٤٤٢ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٣٨ وأحمد ٢/ ٢٩٥ . ٣٨٣ . ٤٠٦ . ٤٥٥ والبغوي ٣٤٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة.

الشجنة: بكسر الشين الشجر الملتف يقال حديث ذو شجون أي: متماسك ومرتبط ببعضه. والمعنى: أنها مرتبطة برحمة الله تعالى فالقاطع لها منقطع من رحمة الله تعالى.

besturdubooks.wordpress.com

فله حق المنع من دخول ملكه **(ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا)** لما فيه من قطيعة الرحم، وليس له في ذلك ضرر، وقيل لا يمنعها من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار والدوام لأن الفتنة في اللباث وتطويل الكلام، وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة، وفي

بالشجنة الوصلة قوله: **(وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول إليها في كل جمعة)** ظاهر الخلاصة أن في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فإنه في الفتاوى: للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة. وفي رواية: والغسل والخروج من البيت أم مالا تمنع من زيارة الأبوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة، وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء إليها على هذا الجمعة والسنة انتهى. وقوله: هو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر. وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدرا على إتيانها، فإن كانا يقدران على إتيانها لا تذهب وهو حسن، فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما، وقد أشار إلى نقله في شرح المختار، والحق الأخذ بقول أبي يوسف: إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين على قدر متعارف، أما في كل جمعة فهو بعيد، فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً إذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر، ولو كان أبوها زمناً مثلاً وهو محتاج إلى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تغضبه مسلماً كان الأب أو كافراً وفي مجموع النوازل: فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن، والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام، فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج، وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه، وإن لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحياناً، وإن لم يأذن فلا شيء عليه، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة. وفي الفتاوي في باب القراءة: المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج، فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج، ولا تسافر مع عبدها خصياً كان أو فحلاً. وكذا أبوها المجوسي والمحرم غير المراهق، بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر سنة أو اثنتا عشر سنة، ولا تكون المرأة محرماً لامرأة، وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة، قال الله تعالى **﴿ولا تبرّجن تبرّج الجاهلية الأولى﴾** [الأحزاب: ٣٣] وقول الفقيه: مطلب في دخول المرأة الحمام. وتمنع

واضح. وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول: لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر **(وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه)** وإن لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك، لأنه لما أقرّ بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن لها حق الأخذ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان، وإقرار صاحب اليد مقبول

قال المصنف: (وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين إلخ) أقول: وفي مجموع النوازل: فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام: قال ابن الهمام، وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان. قال في فصل الحمام من فتواه: دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعاً إلى آخر ما قاله.

غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح (وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه، وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لأنه لما أقرّ بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بخصم في

من الحمام خالفه فيه قاضيخان. قال في فصل الحمام من فتاواه: دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعاً خلافاً لما قاله: بعض الناس. روى أن رسول الله ﷺ دخل الحمام وتنوّر[1]، وخالد بن الوليد دخل حمام حمص، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة انتهى. وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بأن كثيراً منهن مكشوف العورة. وقد وردت أحاديث عن رسول الله ﷺ تؤيد قول الفقيه: منها النسائي والترمذي وحسنه الحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمئزر، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام»[2] وعن عائشة رضي الله عنها

في نفسه لا سيما ههنا، فإن إقراره ههنا أشد قبولاً من إقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق إثبات الحق في إقراره لعدم إثباته بالبينة (فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية أو الوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه) أي في أحد الأمرين لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه، وإن كانت لإثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم في إثبات حقوق

---

(١) غريب جداً. لم أره عن النبي ﷺ، ولم يروه أحد مرفوعاً وإنما ورد عن ابن عمر. فقد أخرج الطبراني في الكبير كما في المجمع ١/ ٢٧٩ ومسدّد في مسنده كما في المطالب العالية ١٨٩ كلاهما عن ابن عمر «أنه كان يدخل الحمام، فينوره صاحب الحمام، فإذا بلغ حقوه قال لصاحب الحمام: اخرج» سكت عليه ابن حجر في المطالب العالية.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح اهـ.

وأما كونه عن خالد فليس ببعيد أيضاً لكن لم أره.

وقوله تنوّر: أي اطّلى بالنُّورة والنُّورة بضم النون مع التشديد حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، وتستعمل لإزالة الشعر اهـ. مصباح.

والحَقْوُ: بفتح الحاء موضع شد الإزار وهو الخاصرة ثم توسّعوا حتى سمّوْا الإزار الذي يشد على العورة حقواً.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ٢٨٠١ والنسائي ١/ ١٩٨ والحاكم ٤/ ٢٨٨ وأحمد ٣/ ٣٣٩ كلهم من حديث جابر زاد الترمذي والحاكم وأحمد: ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليس يجلس على مائدة يدار عليها الخمر. واقتصر النسائي على شطره الأول.

قال الترمذي عقب حديثه: حديث حسن غريب قال البخاري ليث بن أبي سليم صدوق، وربما يهم في الشيء.

قلت: هو عند الترمذي: عن ليث عن طاووس عن جابر مرفوعاً والباقون: عن عطاء عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. وهذا الإسناد على شرط مسلم.

لذا قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.

وأبو الزبير وإن كان مدلساً إلا أنه توبع في رواية الترمذي تابع طاووس على جابر، وله شواهد فقد ورد من حديث أبي أيوب أخرجه الحاكم ٤/ ٢٨٩ والطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ١/ ٢٧٨ وهو في معجمه الكبير رقم ٣٨٧٣ وكذا ابن حبان ٥٥٩٧ كلهم عن أبي أيوب مرفوعاً وصححه الحاكم، وأقره الذهبي وذكره ابن حجر في المطالب العالية ١٩١ وقال: رواه أبو يعلى وصححه الحاكم وابن حبان اهـ.

وذكره ابن أبي حاتم في علله ١٩٢ من طريق عبد الله بن يزيد به ومن طريق عبد الله بن سويد الخطمي.

فقال: صوب أبي كونه عن الخطمي عن أبي أيوب مرفوعاً اهـ. وعلى هذا، فهو ثابت أيضاً عند أبي حاتم.

وله شواهد كثيرة ذكرها الهيثمي في المجمع ١/ ٢٧٧. ٢٧٨ فمنها ما أخرج أحمد من حديث أبي هريرة.

قال الهيثمي: فيه أبو جبرة قال الذهبي: لا يعرف.

وأخرج أحمد من حديث عمر. وقال الهيثمي: فيه رجل لم يسمّ.

وأخرج الطبراني والبزار من حديث أبي سعيد.

قال الهيثمي: فيه علي بن يزيد الألهاني ضعيف وأخرج الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس.

وقال الهيثمي: فيه يحيى بن أبي سليمان المدني ضعفه البخاري وغيره، ووثقه ابن حبان.

وأخرج الطبراني في الأوسط من حديث ابن عمر.

وقال الهيثمي: فيه حبيب كاتب مالك وهو ضعيف اهـ. فالحديث بمجموع هذه الطرق صحيح كيف وبعضها على شرط مسلم.

besturdubooks.wordpress.com

إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب، وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة، وكذا الجواب في الدين، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاماً أو

قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «الحمام حرام على نساء أمتي»[1] رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد. ورد استثناء النفساء والمريضة. رواه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال «ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتاً يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال إلا بالإزار، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء»[2] وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي وهو مختلف فيه، قال أحمد: ليس بشيء قال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات، قال الحافظ المنذري: وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء، وكان يقوي أمره ويقول: ومقارب الحديث. وقال الدارقطني: ليس بالقوي، ووثقه يحيى بن سعيد، وروى عياش عن يحيى بن معين: ليس به بأس، وقال أبو داود: قلت لأحمد بن صالح أيحتج به: يعني عبد الرحمٰن بن زياد، فقال نعم قوله: (يعترف به وبالزوجية) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والوالد لأنه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه قوله: (وكذا إذا علم القاضي ذلك) أي كلا الأمرين، أما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة قوله: (وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا) فإنه أولى أن يقبل إقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان ديناً وذلك لأنه لا طريق إلى إثبات حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان ديناً إلا اعترافه، بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف، ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل، قال الشاعر:

فـإيـاكـم وحـيـة بـطـن واد ... هـمـوس الـنـاب لـيـس لـكـم بـسـي

الغائب، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدى إلى الغائب لكونه ما أقر به ملكه، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أحضر صاحب الدين غريماً للغائب أو مودعاً له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب. فإن القاضي لا يأمر بقضاء

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٤/ ٢٨٩ . ٢٩٠ من حديث عائشة وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي وفيه نظر. لكن له شواهد أنظر المجمع ١/ ٢٧٧ والمستدرك ٤/ ٢٨٩.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٠١١ وابن ماجه ٣٧٤٨ والبيهقي ٧/ ٣٠٨ . ٣٠٩ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، ومداره على الإفريقي، وهو واهٍ وشيخه واهٍ. أما الأول فاسمه عبد الرحمن بن زياد بن أنعم.
قال ابن حجر في التقريب: ضعيف في حفظه اهـ.
وشيخه عبد الرحمن بن رافع التنوخي.
قال ابن حجر في التقريب: ضعيف.
قلت: وأخرج ابن الجوزي في الواهيات ٥٦٣ من حديث عمر بهذا اللفظ، وقال: لا يصح فيه سعيد بن أبي سعيد قال ابن عدي: مجهول. وفيه عمرو بن قيس لا شيء اهـ.
فالحديث بهذه الزيادة واهٍ وهو يعارض أحاديث الباب بمنع دخول النساء الحمامات مطلقاً، وكذا يعارض ما يأتي فقد أخرج أبو داود ٤٠١٠ والترمذي ٢٨٠٣ وابن ماجه ٣٧٥٠ والحاكم ٤/ ٢٨٨ والبيهقي ٧/ ٣٠٨ كلهم من حديث عائشة: ما من امرأة تخلع ثيابها في غير بيتها إلا هتكت ما بينها وبين الله تعالى.
قال الترمذي: حديث حسن. وصحيح إسناده الحاكم أيضاً، ووافقه الذهبي.
وله شاهد أخرج أحمد ٦/ ٣٦١ . ٣٦٢ من حديث أم الدرداء وقال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٧٧ رواه أحمد والطبراني في الكبير بأسانيد ورجال أحدها رجال الصحيح اهـ.
فهذا يعارض ما زاده الإفريقي في حديثه من استثناء المريضة والنفساء. وتقدم أن له علتان ضعف الإفريقي وشيخه أيضاً خلافاً للكمال فقد تكلم على الإفريقي فقط، وحاول أن يقوي حاله.

sturdubooks.wordpress.com

كسوة من جنس حقها، أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب، وأما عندهما فلأنه إن كان يقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه. قال: **(ويأخذ منها كفيلاً بها)** نظراً للغائب لأنها بما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر. حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظراً للغائب. قال **(ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا**

أي بمثل ولا شبيه، وهو واحد سيان من قولك: هما سيان، وأصله سوى قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق إحداهما بالسكون، فإن جررت ما بعد ما كزيد مثلاً في قولك: أكرمني القوم لا سيما زيد فهو على أن سيا مضاف إلى زيد وما زائد مقحم كقوله:

كل ما حي وإن أمروا ... واردو الحوض الذي وردوا

وإن رفعته فعلى أن سيا يضاف إلى ما هو موصول اسمي حذف صدر صلته، والتقدير لا مثل الذي هو زيد، وجاز كونه مضافاً مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل، ومثل لا يتعرف بالإضافة وخبر لا محذوف، وإذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الأصل في الجر، بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه، وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول، وهو إنما يقاس إذا طالت الصلة. واختار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم إليه من كونه في خصوص ذلك الموقع، وقد يقال: زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ، وأما نصب ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة: لا أعرف له وجهاً، وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع، وذكر بيت امرىء القيس:

ألا ربّ يوم لك منهن صالح ... ولا سيما يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب، لكن قد روى النصب فيه أيضاً فقيل: على الظرف، وقيل على التشبيه بالمفعول، وقيل: مجموع لا سيما بمنزلة إلا، ومعنى الإخراج الذي إلا فيها هو الإخراج من ذلك الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه، فإذا قلت: أكرمني القوم لا سيما زيد فقد: أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين فقيل: الأولى لأنها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى، وقيل: الثانية لأنها لام والإعلال في اللام

دينه من الوديعة والدين. وأجيب بأن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر له وفي الأمر بالإنفاق على المرأة ذلك إبقاء لملكه وليس في قضاء الدين نظر، لأن فيه قضاء عليه بقول الغير بإزالة ملكه، ثم جاز للقاضي أن يأمر المودع بالإنفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعمله الذي لا يحتمله أولى، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة لأنه أمانة من وجه، وكذا إذا كان ديناً. وقوله: **(وهذا)** أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة إذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كان ثياباً من جنس حقها في الكسوة، أما إذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلأنه لا يباع على الحاضر لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح، فكذا على الغائب، بل بالطريق الأولى. وأما عندهما إن كان

قوله: **(لتعين طريق إثبات الحق)** أقول: أي عند القاضي قوله: **(لعدم إثباته إلخ)** أقول: أي لعدم إمكان إثباته.

قوله: **(وأجيب بأن أمر القاضي، إلى قوله: بإزالة ملكه)** أقول: وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام التعليل إلى ضميمة ليتم قوله: **(بالإنفاق عليها بالبينة إلخ)** أقول: فيه بحث لما تقدم آنفاً أن طريق إثبات الحق هنا منحصر في إقراره. والجواب أن مراده بالبينة هو إقرار المودع قوله: **(وقوله وهذا: أي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة إلخ)** أقول: للزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الأمرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى قوله: **(امتناعه المشروط)** أقول: قوله المشروط صفة الامتناع.

besturdubooks.wordpress.com

لهؤلاء) ووجه الفرق هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم، أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه، والقضاء على الغائب لا يجوز، ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقراً به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالاً فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب. وقال زفر: يقضي فيه لأن فيه نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه لو حضر وصدّقها فقد أخذت حقها، وإن

أولى. قوله: **(وإذا ثبت في حقه)** بإقراره أن حق الأخذ لها مما في يده **(تعدّى إلى الغائب)** ضرورة. أو رد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فإنه لا يقضي عليه بالدفع إلى صاحب الدين. وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب، ففي الأمر بالإنفاق نظر له بإبقاء ملكه الثابت بالنكاح وإبقاء ما هو في معنىً نفسه: أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير قوله: **(فإنه لا يباع على الحاضر)** حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضي، فإن لم يفعل حبسه أبداً حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ، وعندهما يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع قوله: **(ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة)** ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته في إعطاء النفقة، وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعاً أصله حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم. وعن هذا قلنا: لو كان للغائب حال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق الأخذ منه، ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء، والإيفاء لا يمتنع بسبب الزوجية، ألا يرى أن من أقرّ بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقرّ له من القاضي الإيفاء منه أجابه إلى ذلك قوله: **(إلا هؤلاء)** وهم الزوجة والولدان والولد الصغير، ويستدرك عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب قوله: **(فنفقتهم إنما تجب بالقضاء)** لا شك أن الوجوب ثابت بدليلة قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة، وإنما المراد أنه لما كان مجتهداً فيه فقد يمتنع تمسكاً بقول: من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعينْ عليه قول: الوجوب إلا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع. وفي الكافي: لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه. ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإنفاق من الوديعة أوّلاً لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة قوله: **(وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها)** منها قول أبي حنيفة أولاً: إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقاً فيما في يده من المال بسبب فكان خصماً في إثبات ذلك السبب، كمن ادعى بيتاً في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب، ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها

يقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع. فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك. قال: **(ويأخذ منها كفيلاً بها نظراً للغائب)** من عنده المال إذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضي فيحلفها أنها ما استوفت النفقة، فإذا حلفت دفع إليها النفقة وأخذ منها كفيلاً لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها، فإن اتفق ذلك كان الزوج مخيراً في أخذ أيهما شاء من المرأة، والكفيل وكلامه واضح، **(ولا يقضي بنفقة من مال غائب إلا لهؤلاء)** يعني زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه، أما غيرهم من المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه. ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(لأن مجتهد فيه)** قيل لأن الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين، وفيه نظر سيأتي. وقوله: **(لا يعلم القاضي بذلك)** متصل بقوله وكذا إذا علم القاضي بذلك وقوله (و) لو **(لم يكن)** يعني الرجل **(مقرّاً به)** متصل بقوله يعترف به وبالزوجية. وقوله: **(فأقامت البينة على الزوجية)** يعني في الصورتين إذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضي نفقة فيما إذا لم يخلف مالاً ولم يعلم بالزوجية وكلامه ظاهر. وقوله: **(في هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم**

besturdubooks.wordpress.com

جحد يحلف، فإن نكل فقد صدّق، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة، وعمل القضاء اليوم على هذا أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه، وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها.

تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصماً فيه. ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة، ثم رجع إلى قولهما، وقول زفر في ذلك متقرر، ونقل مثل قول: زفر عن أبي يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك.

[فروع] في الفتاوى: امرأة قالت: إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلاً بالنفقة. قال أبو حنيفة: ليس لها ذلك، وقال أبو يوسف: آخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً، وعليه الفتوى، فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر. وعن أبي يوسف أيضاً: لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح. وقال أبو حنيفة: هو على شهر واحد، ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة، ولو طلقها رجعياً أو بائناً والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح.

يذكرها) من تلك الأقاويل ما ذكروه من قولهم إذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال في يده، فقد كان أبو حنيفة يقول أولا: تقبل بينتها على الزوجية، ثم رجع فقال: لا تقبل بينتها. ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب إلى شيء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب، وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما. وأما قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر يجيبها إلى ذلك وهو المذكور في الكتاب، وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر أولا بالإنفاق من الوديعة لأن القاضي نصب ناظراً ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لأنها تحتمل الهلاك بخلاف الدين.

قال المصنف: **(ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظراً للغائب)** أقول: وفي غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اهـ. وفيه بحث إلا أن يراد الإبراء في صورة الاختلاع قال المصنف: **(أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء)** أقول: قال تاج الشريعة: يعني أن الأداء إنما يجب به، أما نفس الوجوب فثابت عندنا اهـ. وإلا فليس للقاضي إيجاب ما لم يكن أوجبه الشرع لأنه يكون قد شرع وليس كذلك لغير رسول الله ﷺ قوله: **(وفيه نظر سيأتي)** أقول: يعني سيأتي بعد ورقتين، ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** فخلاف الشافعي رحمه الله لا يعتد به كخلاف ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعي في حل متروك التسمية عامداً وسيصرح الشارح أن الآية دليلي قطعي في ذلك في العتاق قال المصنف: **(ولو لم يعلم القاضي إلخ)** أقول: ولو علم القاضي بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغي أن يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة قوله: **(يعني في الصورتين)** أقول: بل ذلك في الصورة الأولى، وأما إقامتها في الصورة الثانية فيجيء أيضاً عقيبه قوله: **(ومنها ما إذا لم يكن للزوج إلخ)** أقول: فيه تسامح، والمراد ظاهر.

besturdubooks.wordpress.com

فصل

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً) وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملاً، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء، وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت: «طلقني زوجي ثلاثاً فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة» ولأنه لا ملك

فصل

قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: لا نفقة للمبتوتة) وهي المطلقة ثلاثاً والمختلعة إذ لا بينونة عنده بغير ذلك (إلا أن يكون حاملاً) فإن في بطنها ولده، وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم «أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من سبيل، فجاءت رسول الله ﷺ فقال: ليس لك نفقة، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك، فإذا حللت فآذنيني، قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله ﷺ: أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، أنكحي أسامة بن زيد، فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به» وأخرجه مسلم أيضاً وقال فيه «لا نفقة لك ولا سكنى» ورواه أيضاً وقال فيه «إن أبا حفص بن المغيرة خرج مع عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها»[1] وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث، وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا: والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملاً، فأتت النبي ﷺ فذكرت له، قولهما فقال: لا نفقة لك» زاد أبو داود في هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش ابن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك: إلا أن تكوني حاملاً»[2] وفي شرح الكنز نسبه[3] إلى مسلم لكن الحق ما علمت. وفي رواية لمسلم «أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن، فقال لها أهله: ليس لك علينا نفقة، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله ﷺ في بيت ميمونه»[4] الحديث. والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه، والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور، أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولا كون الراوي أعرابياً، فقد قبلوا حديث فُريعة بنت مالك بن سنان أخت

فصل

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً. وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثاً أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (إلا إذا كان حاملاً، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ من عدة وجوه وأبو داود ٢٢٨٤ والترمذي ١١٣٥ والنسائي ٦/ ١٥٠ وابن ماجه ٢٠٣٥ وابن حبان ٤٢٥٤ والطبراني ٢٤ (٩٣٠) والبيهقي ٧/ ١٨١ وأحمد ٦/ ٤١١، ٤١٣ كلهم من حديث أبي بكر بن أبي الجهم عن فاطمة بنت قيس به.

(٢) جيد أخرجه أبو داود ٢٢٩٠ في حديث فاطمة بنت قيس مطولاً، وفيه: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً» وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم، وهو عند مسلم بدون هذه الزيادة اهـ. وقوله: فتحمل رواية الثلاث: أي لفظ: طلقها ثلاثاً.

(٣) أي نسب هذا اللفظ لمسلم والصواب أنه لأبي داود وحده. كما ذكر ابن الهمام.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ حـ ٣٨ وأبو داود ٢٢٨٥ و ٢٢٨٧ والطبراني ٢٤ (٩٠) وابن حبان ٤٢٥٣ والنسائي ٦/ ١٤٥ والبيهقي ٧/ ١٧٨ من عدة طرق كلهم من حديث أبي سلمة عن فاطمة بنت قيس بأتم منه.

besturdubooks.wordpress.com

له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه، بخلاف ما إذا كانت حاملاً لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن**﴾ الآية. ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها

أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها[1] مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر، بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته، ثم قد ظهر لها من النفقة ما أفاد علماً وجلالة قدر، وهو ما في صحيح مسلم من «أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به، فقال مروان: لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن، قال الله تعالى ﴿**لاتخرجوهن من بيوتهم ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾ إلى قوله تعالى ﴿**لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً**﴾ [الطلاق: ١] قالت: هذا لمن كانت له مراجعة، فأي أمر يحدث بعد ذلك؟ فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً فعلام تحبسونها؟»[2] وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو أعرابي فجزمنا رد عمر وغيره لخبرها ليس إلا لما علموه عن رسول الله ﷺ مخالفاً له، وقد استقر الحال عليه بعد وفاته ﷺ بين السلف إلى أن روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده، وصرح بالرواية، بخلافه في صحيح مسلم عن أبي إسحاق قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس «أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، فأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به وقال: ويلك تحدث بمثل هذا» قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله تعالى ﴿**لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[3] [الطلاق: ١].

فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس إلخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه. وقوله: **(لأنا عرفناه)** أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن**﴾ والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى ﴿**حتى يضعن حملهن**﴾ والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل. وقوله: **(وصار كما إذا كانت**

قال المصنف: **(أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم)** أقول: فيه أن الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر في آخر باب الرجعة قوله: **(والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية، وهو قوله تعالى ﴿حتى يضعن حملهن﴾ والنفقة في غير المطلقات غير مغياة إلخ)** أقول: فيه أن مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما سيصرح به الشارح في كتاب البيع وإن صرح غيره بخلافه، والأولى أن يستدل برجوع الضمير إلى المطلقات فإن سياق النظم فيهن إلا أن يكون المراد الإلزام.

---

(١) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه مالك ٢/ ٥٩١ والشافعي في الرسالة ١٢١٤ والمسند ٢/ ٥٣ ـ ٥٤ وأبو داود ٢٣٠٠ والترمذي ١٢٠٤ والنسائي ٦/ ١٩٩ . ٢٠٠ وابن ماجه ٢٠٣١ والدارمي ٢/ ١٦٨ وابن سعد ٨/ ٣٦٨ وابن الجارود ٧٥٩ وابن حبان ٤٢٩٢ والحاكم ٢/ ٢٠٨ ٣ والبيهقي ٧/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥ والبغوي ٢٣٨٦ وأحمد ٦/ ٣٧٠ . ٤٢٠ . ٤٢١ من طرق عدة كلهم من حديث الفُريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري، وكرره ابن حبان ٤٢٩٣ والطيالسي ١٦٦٤ عن فُريعة قالت: «إن زوجها كان في قرية من قرى المدينة، وأنه خرج في طلب أعْبُدٍ له أبِقُوا، فقتلوه فأتت رسول الله ﷺ، فذكرت الوحشة، وأنها استأذنته أن تأتي إخوتها بالمدينة، فأذن لها، ثم أعادها فقال لها: امكثي في بيتك الذي جاء فيه نعيه حتى يبلغ الكتاب أجله» هذا سياق الطيالسي وابن حبان وأما الباقون فطَوّلوه وصححه الترمذي والحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالوا رجاله كلهم ثقات، وهو خبر متصل.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ ح ٤١ بأتم منه وكذا أبو داود ٢٢٩٠ والبيهقي ٧/ ٤٧٢ . ٤٧٣ كلهم من حديث الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بهذا الحديث.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٨٠ ح ٤٦ بهذا اللفظ وأبو داود ٢٢٩١ والطحاوي ٣/ ٦٧ والدارقطني ٤/ ٢٥ كلهم من حديث الشعبي به.

تنبيه: وقد ضعف الدارقطني لفظ: وسنة نبينا. وقال: وقع هذا اللفظ في رواية أبي أحمد الزبيري عن عمار بن زُريق، وقد رواه يحيى بن آدم عن عمار بن زريق بدون لفظ: وسنة نبينا. ويحيى بن آدم أحفظ من الزبيري وأثبت منه، وتوبع ابن آدم على روايته عن ابن زُريق حيث رواه قبيصة بمثله عن ابن زُريق، ورواه الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عمر، ولم يقل سنة نبينا اهـ.

besturdubooks.wordpress.com

السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملاً. وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه، فإنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم **(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)** لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها. ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة

فقد أخبر أن سنة رسول الله ﷺ أن لها النفقة والسكنى. ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضي الله عنه. وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المطلقة ثلاثاً النفقة والسكنى»[1] وقصارى ما هنا أن تعارض روايتها بروايته، فأي الروايتين يجب تقديمها؟ وقال سعيد بن منصور: حدثنا أبو معاوية، حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال: كان عمر رضي الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة قال: «ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة» فهذا شاهد على أنه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ، والثقة إذا شذ لا يقبل ما شذ فيه، ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان: سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها[2]، والناس إذ ذاك هم الصحابة، فهذا في المعنى حكاية إجماع الصحابة، ووصفه بالعصمة. وفي الصحيحين عن عروة أنه قال لعائشة: ألم تري إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة، فخرجت فقالت: بئس ما صنعت، فقال: ألم تسمعي إلى قول فاطمة؟ فقالت: أما إنه لا خير لها في ذكر ذلك.[3] فهذا غاية الإنكار حيث نفت الخبر بالكلية عنه، وكانت عائشة: أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين إلى منزلها ويستفتين منه ﷺ وكثر وتكرر. وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لفاطمة: ألا تتقي الله تعالى: تعني في قولها: لا سكنى ولا نفقة[4]. وقال القاضي إسماعيل: حدثنا نصر بن علي، حدثني أبي عن هارون عن محمد بن إسحاق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس: إنما أخرجك هذا اللسان: يعني أنها استطالت على أحمائها وكثر الشرّ بينهم فأخرجها عليه

. . . .

---

(١) ضعيف. أخرجه الطحاوي ٣/٦٨ في معاني الآثار عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: قال عمر. فذكره وهذا مرسل النخعي لم يدرك عمر. ولذا قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا منقطع لا تقوم به حجة اهـ.

وأما رواية الدارقطني في سننه ٤/٢٣ عن الشعبي عن فاطمة وفيه: فقال النبي ﷺ: بل لك سكنى، ولك نفقة: فقال أخو زوجي: طلقها ثلاثاً. فقال رسول الله ﷺ: إنما السكنى والنفقة على من له عليها رجعة.

وفي إسناده جابر الجعفي واه بمرة بل اتهمه أبو حنيفة بالكذب.

(٢) تقدم قبل ثلاثة أخبار.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٢٤ و ٥٣٢٦ ومسلم ١٤٨١ وأبو داود و ٢٢٩٣ والنسائي ٦/٢٠٨ كلهم عن عروة عن عائشة به.

تنبيه: ذكر ابن الهمام أن عائشة نعت الخبر بالكلية اهـ.

قلت: ليس كذلك فهي لم تكذبها ويوضح ذلك.

ما أخرجه أبو داود ٢٢٩٢ عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت: إن فاطمة كانت في بيت وحش مخيف على ناحيتها. فلذلك رخص لها رسول الله ﷺ، وكذا أخرج البخاري ٥٣٢٦ فعائشة لم تكذب فاطمة، ولم تنف الخبر من أصله إنما أنكرت عدم كون العدة في بيت الزوجية.

ويؤيده ما أخرج أبو داود ٢٢٩٤ بسنده عن سليمان بن يسار في خروج فاطمة قال: إنما كان ذلك من سوء الخلق. وأخرج البخاري في صحيحه ٥٣٢١ و ٥٣٢٢ وكذا أخرج أبو داود ٢٢٩٥ بسند صحيح من طريق مالك عن يحيى عن القاسم وسليمان أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق زوجته البتة، فانتقلها أبوها، فأرسلت عائشة إلى مروان، وهو أمير المدينة أن أتعد الله، وأردد المرأة إلى بيتها، فقال مروان: أو ما بلغك أمر فاطمة، فقالت عائشة: لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة.

ولذا قال البيهقي ٧/٤٧٦ الأشبه أن عائشة أنكرت على فاطمة النقلة من بيتها من دون سبب دون النفقة

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٥٣٢٣ و ٥٣٢٤ من طريق القاسم عن عائشة. والتفسير من القاسم أو معن دونه لا من عائشة.

besturdubooks.wordpress.com

. . . .

الصلاة والسلام لذلك[1]. ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة، وأعظم متتبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظاً ودراسة، ولولا أنه علمه عنها ما قاله، وذلك ما في أبي داود من حديث ميمون بن مهران قال: قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب فقلت: فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها، فقال سعيد: تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم[2]. وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابية ذلك من عند نفسه، وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال: خروج فاطمة إنما كان عن سوء الخلق، رواه أبو داود في سننه عنه[3] وممن ردّه زوجها أسامة بن زيد حبّ رسول الله ﷺ. روى عبد الله بن صالح قال: حدثني الليث بن سعد، حدثني جعفر عن أبي هرمز عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: كان محمد بن أسامة بن زيد يقول: كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئاً من ذلك، يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى. هذا مع أنه هو الذي تزوّجها بأمر رسول الله ﷺ[4]، وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه إلى منزله حتى بنى بها، فهذا لم يكن قطعاً إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها، أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضاً ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر. وقال الليث: حدثني عقيل عن ابن شهاب قال: أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال: فأنكر الناس عليها ما كانت تحدّث من خروجها قبل أن تحل. وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا: «المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة»[5]. وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال «المطلقة ثلاثاً لها النفقة والسكنى»[6] قال عبد الحق: إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع، أو كان عن الليث عن أبي الزبير. وحرب بن أبي العالية أيضاً لا يحتج به ضعفه ابن معين، والأشبه وقفه على جابر، وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يردّ قول من ذكر أن جابراً على قول فاطمة، وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن. وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب، وفي بعضها أنه طلقها ثم سافر، وفي بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله ﷺ فسألته، وفي بعضها أن خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه ﷺ، وفي بعض الروايات سمي الزوج أبا عمرو بن حفص، وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث. وممن رد الحديث زيد بن

. . . .

(١) ما ذكره القاضي إسماعيل فيه محمد بن إسحق مدلس وقد عنعنه فهو غير حجة ثم إنه شك فيه فقال: أحسبه عن محمد بن إبراهيم وقد أخرجه أبو داود ٢٢٩٦ عن ميمون بن مهران عن ابن المسيب، ولفظه هو الآتي، وإسناده صحيح.

(٢) تقدم في الذي قبله ورجاله ثقات وكذا أخرجه الطحاوي ٣/ ٦٩.

(٣) أثر سليمان هذا. أخرجه أبو داود ٢٢٩٤ بسند صحيح سليمان بن يسار من قوله.

(٤) هذا الأثر. أخرجه الطحاوي ٣/ ٦٨ من هذا الوجه عن محمد بن أسامة بن زيد به. ورجاله كلهم ثقات أثبات.

(٥) معطوف حسن. أخهرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٤/ ٣٢٦.

وقال الهيثمي: إسناده منقطع اهـ.

يعني لأن النخعي لم يدرك عمر ولا ابن مسعود لكن مرسلاته قوية إلا أن له علة أخرى، وهي ضعف الحجاج بن أرطاة، ومع ذلك فله شواهد عن عمر حيث رد حديثها.

(٦) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢١ ـ ٢٢ من طريق حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٧٤: قال عبد الحق: إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع، أو كان عن الليث عن أبي الزبير، وحرب هذا لا يحتج به ضعفه يحيى بن معين، والأشبه وقفه على جابر.

besturdubooks.wordpress.com

تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة **(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)** لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة، بخلاف

ثابت ومروان بن الحكم، ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد، وممن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم. فإن قيل: هذا العذر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك للسكنى والحال أنه ﷺ قال لها: لا نفقة لك ولا سكنى، قلنا: ليس علينا أوّلاً أن نشتغل ببيان العذر عما روت، بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه، والمروى عمر في تركه كائناً هو في نفسه ما كان، إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملاً لمرويها على الصحة، ونقول فيه: أن عدم السكنى كان لما سمعت، وأما عدم النفقة. فلأن زوجها كان غائباً ولم يترك مالاً عند أحد سوى الشعير الذي بعث به إليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنها طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمين فقال لها أهله: ليس لك علينا نفقة الحديث. فلذلك قال ﷺ لها «لا نفقة لك ولا سكنى»[1] على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالاً عند أحد، وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة، فلم تفهم هي الغرض عنه ﷺ، فجعلت تروي نفي النفقة مطلقاً فوقع إنكار الناس عليها، ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾** [الطلاق: ٦] قد علم أن المراد: وأنفقوا عليهن من وجدكم، وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله ﷺ مفسرة له[2]. وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه: **﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾** [الطلاق: ٦] ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير: أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم، وأنفقوا عليهن من وجدكم، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن. ومعلوم أنه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع، فإن النفقة واجبة لها مطلقاً حاملاً كانت أو لا، وضعت حملها أو لا، بخلافه ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، وكذا قوله تعالى **﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾** [الطلاق: ١] فإنه عام في المطلقات، وقوله تعالى **﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾** [الطلاق: ٢] يرجع إلى الرجعيات منهن، وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر قوله: **(ألا يرى أن**

حاملا) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة. وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه. وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء، وكان يشتبه بأن الحامل أيضاً تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال: لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن. وقوله: **(ولا ندع كتاب ربنا)** يريد به قوله تعالى **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى ما يملك به، أما الإسكان

---

(١) حديث مسلم تقدم مطلع هذه الروايات في هذا الشأن.

(٢) غريب مرفوعاً. وذكر السيوطي في الدر المنثور ٦/ ٢٣٧ آثاراً في هذا الشأن ومنها ما أخرجه ابن المنذر وعبد بن حميد عن مجاهد في قوله تعالى **﴿من حيث سكنتم من وُجْدكم﴾** قال: من سعتكم. قال: وأخرج ابن جرير عن ابن عباس موقوفاً اهـ.

فائدة: جاء في فتح الباري ٩/ ٤٨٠ ما ملخصه: اختلف الجمهور في نفقة المطلقة البائن، وسكناها. فقال الجمهور: لا نفقة لها ولها السكنى، واحتجوا لإثبات السكنى بقوله تعالى **﴿أسكنوهنّ من حيث سكنتم﴾** ولإسقاط النفقة بقوله تعالى **﴿وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ﴾** فإن مفهومه أن غير الحامل لا نفقة لها.

وذهب أحمد وإسحق وأبو ثور إلى أن لا نفقة لها، ولا لها السكنى أيضاً على ظاهر حديث فاطمة.

وذهب أهل الكوفة من الحنفية وغيرهم إلى أن لها النفقة والكسوة اهـ. باختصار وهكذا ذكر القرطبي في تفسيره ١٨/ ١٦٧ ولعل الصواب: السكنى بدل الكسوة. والله تعالى أعلم بالصواب.

besturdubooks.wordpress.com

المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست

معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فإنها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول، ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة. وأنت إذا أنعمت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في المسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه قوله: **(وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية)**. احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقاً وعما يجيء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما. والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها، ففي الأول لها النفقة مطلقاً سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أوجبه بعد الخلوة، ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه ﷺ لم يجعل لها بيتاً ولا قوتاً عليه[1] أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته، أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر، أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هي، أو ارتدّ هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن بمعصيته لا تحرم هي النفقة وأما الثاني فإما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة، وإما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لأنها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعاً فيه، ولها السكنى في جميع الصور لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها، أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها قوله: **(بخلاف المهر بعد الدخول)** يعني أنه يجب لها وإن جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لأنه وجدالموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية قوله: **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت سقطت نفقتها)** لا لعين الردة هنا لأن الفرقة لم تجيء بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة، وإنما تسقط في هذه الردة إذا أخرجت وحبست إذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف في التعليل، أو إذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة، ولو حبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد استحقاقها للنفقة، وما ذكر في الجامع من قوله: ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدّة عادت نفقتها، بخلاف ما بعد اللحاق، يخالفه ما ذكر في الذخيرة: لو عادت إلى دار الإسلام فلها النفقة والسكنى، ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما إذا حكم بلحاقها، وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به، بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة؛ فإنها لو أسلمت وعادت إلى منزله لا تجب لها نفقة لأنها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها إلى المنزل مسلمة، ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي. وفي شرح الطحاوي: الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة

فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه، وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود: وأنفقوا عليهن من وجدكم. وقوله: (سنة نبينا) يريد به قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» وقوله: **(ورده أيضاً زيد بن ثابت وأسامة بن زيد)** هو زوج فاطمة الراوية، فإن أسامة كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وقالت عائشة: تلك المرأة فتنت العالم: أي بروايتها هذا الحديث. وقوله: **(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها)** ظاهر. وقوله: **(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها)** إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأي فرقة كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها، فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها، وإما الردة فقد ذكرها شيخ الإسلام في مبسوطه وقال: إنما تسقط نفقة المرتدة إذا

---

(١) تقدم في باب اللعان.

besturdubooks.wordpress.com

نفسها لاستيفاء المهر **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها)** من نفسها **(فلها النفقة)** معناه: مكنت بعد الطلاق، لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب، ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق.

لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده، فلو طلق الأمة بائناً وكانت مبوأة معه بيتاً فأخرجها المولى إلى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها، فإن أعادها إلى بيت الزوج تأخذ النفقة، ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة. وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت إلى المنزل في العدة فإنها تعود نفقتها. وأجيب بأن النفقة كانت واجبة إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه، وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور. ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر. وعن هذا قلنا: لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم، إن كانت العدة بالشهور جاز لأنها معلومة، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها، وإذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة إلا أن تكون مفروضة. ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح، ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز. وأما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز، ثم القول قول: المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض. ولو كانت ادعت حبلاً وأنفق عليها إلى سنتين، فإن قالت: بعدهما كنت اعتقدته حبلاً فظهر أنه ليس إياه وأنا حائل لم أحض وقال: بل ادعيت الحبل كذباً وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي إلى قوله: ويأمره بالإنفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر، ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها إلى ثلاثة أشهر. وقال الفضلي: لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها، كذا ذكر هذا الفرع بعضهم. وفي الخلاصة: عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن. وفيها: رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الأول فرّق بينها وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الأول حتى تنقضي عدة الثاني، فإن طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني، فإذا انقضت عدة الثاني تجب، ولو تزوّجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج، كذا في الأقضية. وفي الفتاوى قال: تجب على الزوج الأول، هكذا ذكر في المحيط، وتأويله إذا تزوجت في بيت العدة، أما إذا خرجت فلا.

أخرجت للحبس من بيت العدة، وأما إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة **(وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة)** والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال في النهاية: وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث، وأما المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة، بخلاف الطلاق البائن.

besturdubooks.wordpress.com

فصـل

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة) لقوله تعالى: ﴿وعلى

فصـل

قوله: (ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الإطلاق بل الأب إما غنيّ أو فقير، والأولاد إما صغار أو كبار، فالأقسام أربعة: الأول أن يكون الأب غنياً والأولاد كباراً، فإما إناث أو ذكور، فالإناث عليه نفقتهن إلى أن يتزوجن إذا لم يكن لهن مال، وليس له أن يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة، وإذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الأب؛ والذكور إما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمي أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم، وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم؛ قال الحلواني: ورأيت في موضع: هذا إذا كان بهم رشد، وقوله: لا يشاركه فيها أحد على الإطلاق في الصغار، أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وإن لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم. الثاني أن يكون الأب غنياً وهم صغار، فإما أن يكون لهم مال أو لا، فإن لم يكن فعليه نفقتهم إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الأنثى ذلك، فلو كان الأب مبذراً يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه؛ وإن كان لهم مال فإما حاضر أو غائب، فإن كان حاضراً فنفقتهم في مالهم لا يجب على الأب شيء منها، وإن كان غائباً وجبت على الأب، فإن أراد أن يرجع في مالهم ينفق بإذن القاضي في ذلك، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع، ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع، وفيما بينه وبين الله تعالى يحلّ له أن يرجع. الثالث أن يكون الأب فقيراً، فإن كانوا أغنياء وكباراً قادرين فلا إشكال أن نفقته هو عليهم، وإن كانوا صغاراً أغنياء فكذلك أيضاً. الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والأب أيضاً عاجز عن الكسب، فالخصاف قال: يتكفف الناس وينفق عليهم، وقيل نفقتهم في بيت المال، وإن كان قادراً على الكسب اكتسب، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون، ولا يحبس والد وإن علا في دين ولد له وإن سفل إلا في النفقة لأن الامتناع إتلاف النفس ولا يحل للأب ذلك، وكذا لو عدا الأب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه إلا بقتله حل له قتله، وإذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على

فصـل

(لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لا يشاركه فيها غيره) في ظاهر الرواية، وقد روى عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثهما لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ ووجه الظاهر قوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ قيل في وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى. وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لأن الحكم ترتب على مشتق، وترتيبه على المشتق دليلٌ على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني، وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس، ولا يجوز أن يكون غيره علة يتوارد علتان على معلول واحد. والجواب أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة إذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد، وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه،

فصـل

قوله: (ويجوز أن يقال استدل بالآية إلخ) أقول: يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتي أما الولد فلإطلاق النص قوله: (لا يقبل الاشتراك) أقول: فيه تأمل. قوله: (وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولاً على الندب إلخ) أقول: الأمر للإيجاب والتقييد لا بد له من دليل، والأصل هو الوجوب في القضاء.

besturdubooks.wordpress.com

المولود له رزقهن﴾ والمولود له هو الأب **(فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه)** لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه. وقيل في تأويل قوله تعالى: **﴿لا تضار والدة بولدها﴾** بإلزامها الإرضاع مع كراهتها، وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه، أما إذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبيّ عن الضياع. قال: **(ويستأجر الأب من ترضعه عندها)** أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه، وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها **(وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة)**. قال الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾** إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل

الأب إذا أيسر. وفي جوامع الفقه: إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ثم يرجع عليه، فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها، وكذا إذا لم يكن له أب إلا أنها ترجع في الأول، وما نقل ابن قدامه عن الأئمة الأربعة من عدم الرجوع فيه نظر، وإن كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالأب، وبه قال الشافعي. وفي نفقات الشهيد: خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الأم الثلث إذا كانا موسرين ويكون ديناً على الأب يرجعان عليه إذا كان بأمر الحاكم. قال القاضي: هذا إذا كانت الغيبة منقطعة قوله: **(لقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣])** وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات، وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه. وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدإ الاشتقاق علة له، فإذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى، وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها في الخدمة والتربية والرضاع، حتى إن اللبن الذي هو مئونته إنما يستحيل لبناً من غذائها، فإيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه، إذ ليست النفقة سوى إخراج ما يحتاجه المحتاج إليه لكفايته، وقد تقدم في الكتاب ما يشير إلى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى. في الخلاصة: قال هشام: سألت محمداً عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه فكان كنفسه قوله: **(وليس على الأم أن ترضعه)** يعني في الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره قوله: **(وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم)** أي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة، وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة، ولا يجبرها القاضي عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع قوله: **(وذلك)** أي عدم الجبر إذا وجد من ترضعه، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أجبرت على إرضاعه صيانة له عن الضياع. وذكر الحلواني أن ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك إجبارها إلى التلف، وإلى الأول مال القدوري والسرخسي وهو الأصوب، لأن قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته قوله: **(معناه إذا أرادت ذلك، لأن الحجر لها)** أي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم، وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي أنها تجبر على الحضانة، وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه، ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك، بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان أو تحمل

والاحتباس علة العلة والصحيح سبب يفضي إليه، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد، فإذا تحقق يضاف الحكم إليه، ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجية بتقديم الظرف. وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لأن كلاً منهما لايقبل الاشتراك، فكذا النفقة الثابتة بهما، وإذا انتفى الاشتراك فإما أن يثبت على الأب أو على غيره لا سبيل

besturdubooks.wordpress.com

واجباً عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم، وكذا في المبتوتة في رواية، وفي رواية أخرى: جاز استئجارها لأن النكاح قد زال. وجه الأول أنه باق في حق بعض الأحكام **(ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز)** لأنه غير مستحق عليها **(وإن انقضت عدتها فاستأجرها)** يعني لإرضاع ولدها **(جاز)** لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية **(فإن قال الأب لا**

الصبي معها إليه أو تقول: أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه قوله: **(وجه الأولى)** لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله: قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله: وهذا يعني عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم، وإلا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيهاً في الحكم والوجه، وأيضاً ربما يكون تأخير ذكر وجهه للإيماء إلا أنه المختار عنده، وكذا ظاهر إطلاق القدوري المعتدة في قوله: أو معتدته. وإن كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم، إذ من عادته تأخير وجه القول: المختار. والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع إليه، ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن، وكذا لا يجوز استئجارها للإرضاع قوله: **(وإن انقضت عدتها فاستأجرها)** اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى **﴿لا تضارّ والدة بولدها﴾** [البقرة: ٢٣٣] والضرر يتحقق عند العجز عن إرضاعه إذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لأن امتناعها عن الإرضاع مع داعية حنوّ الوالدة ظاهر في عجزها عنه، فلذا لم تجبر عليه إذا امتنعت، فإذا أقدمت عليه بالأجر وهي منكوحة أو معتدة عن رجعي أو مطلقاً على ما هو الأوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق في مقابلة فعل الواجب. ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة، ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضاً كما قبلها، وهذا لأن الوالدات في قوله تعالى **﴿والوالدات يرضعن﴾** [البقرة: ٢٣٣] أعم من البائنات فكان الإيجاب عاماً على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل القاعدة وفيها وبعدها، والمانع من أخذ الأجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل إذا ظهرت

إلى الثاني فتعين الأول **(وإن كان الصغير رضيعاً فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة)** فكما يجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت، ولأنها قد لا تقدر على الإرضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه، وقيل قوله تعالى **﴿لا تضار والدة بولدها﴾** معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها. فإن قيل: فما معنى قوله تعالى **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾** قلت: إن كان معناه الإخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج إلى جواب، وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولاً على الندب أو الوجوب إذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع، أو هو محمول على الوجوب عليها تديناً، حتى لا يجوز استئجار على الإرضاع إذا كانت في عصمته أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به. فإن قيل: إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبانة. قلت: إن قوله تعالى **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن في المطلقات﴾** وأوجب إيتاء أجورهن عند الإرضاع، فلو كان قوله يرضعن على إطلاقه لوجب الإرضاع على المطلقات، وفي ذلك عمل إحدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية إذا كانت في العدة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح. وقوله: **(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه)** بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لما أن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح **(كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته في دينه، أما الولد فلإطلاق ما تلونا)** يريد به قوله تعالى **﴿وعلى المولود له رزقهن﴾** الآية **(ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه)** وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه **(وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح، فإنه)** يعني وجوب النفقة **(بإزاء الاحتباس الثابت به)** أي العقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلمة والكافرة والكتابية موجود، والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجوداً فتجب النفقة. فإن قيل: سلمنا أن السبب موجود

besturdubooks.wordpress.com

استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق لأنها أشفق) فكان نظراً للصبي في الدفع إليها **(وإن إلتمست زيادة لم يجبر الزوج عليها)** دفعاً للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى: **﴿لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾** أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية **(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه)** أما الولد فلإطلاق ما تلونا، ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه، وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة. وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً.

قدرتهن وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر. وغاية ما يقال: إن الإرضاع من نفقته وهي على الأب لا الأم. ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لها بإدرار الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فأوجب عليها إلقامه ثديها، وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور: أعني يرضعن أولادهن، والحق أنه أوجب عليها مقيداً بإيجاب رزقها عليه بقوله **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾** [البقرة: ٢٣٣] ففي حال الزوجية والعدة وهو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة مقامه قوله: **(وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبيّ مال)** وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فللأب أن يبيعه وينفقه عليه، وكذا يعطي منه أجر رضاعه، وهذا لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر إذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه، بخلاف نفقة الزوجة فإنها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وإن كانت غنية. أما الولد فنفقته للحاجة، وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم، والله أعلم.

لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعاً كما في استحقاق الإرث؟ فالجواب أن ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد، وإنما مبناه على الولاية والكفر ينافيها. وأقول: لو استدل على نفقة الزوجة أيضاً بإطلاق قوله تعالى **﴿وعلى مولود له﴾** الآية كان أسهل تأتياً لأنه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج إلى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة، فإنه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله **﴿وعلى المولود له﴾** الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه. وقوله: **(في جميع ما ذكرنا)** أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دوراً أو عقاراً أو ثياباً. قال في الذخيرة: إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل في نفقة الإنسان أن يكون في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً. واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض. والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فيتغير، وذلك لأن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس، فما دام الاحتباس قائماً كانت النفقة واجبة تحقيقاً للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى.

besturdubooks.wordpress.com

فصـل

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجدّاته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى: **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** نزلت الآية في الأبوين الكافرين، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً، وأما الأجداد والجدّات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجدّ مقام الأب عند

فصل

قوله: **(وعلى الرجل)** أي الموسر قوله: **(وأجداده)** يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا، وفي جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون. وقوله: إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسي حيث قال: إذا كان الأب قادراً على الكسب يجبر الابن على نفقته، بخلاف قول الحلواني: إنه لا يجبر إذا كان الأب كسوباً لأنه كان غنياً باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير، وإذا كان الابن قادراً على الكسب لا تجب نفقته على الأب، فلو كان كل منهما كسوباً يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر. قيل: هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرّم بقوله تعالى **﴿فلا تقل لهما أفّ﴾** [الإسراء: ٢٣] ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني قوله: **(نزلت في الأبوين الكافرين)** بدليل ما قبله وهو قوله تعالى **﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً واتبع سبيل من أناب إليّ﴾** [لقمان: ١٥] ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف، وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم إلى أن محملها على غير الحربيين، فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم﴾** إلى قوله **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾** [الممتحنة: ٨] الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الأبوين فتعارضا في الأبوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح. ولقائل أن يقول: النهي إنما يتعلق بالذين تحقق منهم

فصـل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد **(ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه، أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾)** قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة: يا سعد بلغني أنك صبوت، فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا شرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحب ولدها إليها، فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها، فأتى سعد النبي ﷺ وشكا إليه ذلك، فنزلت هذه الآية **(وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سبباً له في تلك المعيشة يموت من**

فصل

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده إلخ) أقول: لم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادراً على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا؟ قال شمس الأئمة السرخسي: إذا كان الأب كسوباً والابن أيضاً كسوباً يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يجبر على ذلك، واعتبره بذي الرحم المحرم. ووجه الفرق مذكور في العناية وغيرها، واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيجيء بعد سطور قال المصنف: **(وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات)** أقول: فيتناولهما النص، وفيه نظر فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ قوله: **(لو وقعت المساواة إلخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(فحمل ذلك على أهل الذمة إلخ)** أقول: فيه أن أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجيء في كتاب السير ما يخالفه ظاهراً.

bestu rdubooks.wordpress.com

عدمه ولأنهم سببوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين. وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال، فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا **(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد)** أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة، وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه، فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين، لأنا نهينا عن البرّ في حق من يقاتلنا في الدين **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** وكذا لا تجب على المسلم

قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على إخراج، ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حرباً لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه، وأيضاً صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾** [الممتحنة: ٨] ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضاً حربيون قوله: **(وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات)** ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ: أعني لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير في قوله **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** [لقمان: ١٥] وفيه نظر، فإنهم في مسئلة الأمان فيما إذا قالوا: آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعموم انتظام اللفظ، فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة، بل لا ينبغي أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الأبوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الأجداد ويعتبره في عموم المجاز، ومن العجب عدم اعتبارهم إياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاط في إثباته. وقوله: ولهذا يقوم الجد إلخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية الإنكاح والتصرف في مال ولد الولد، هذا ولو قال: إنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان قوله: **(أما الزوجة إلخ)** عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا قوله: **(فكما لا يمتنع إلخ)** الأحسن أن يقال: فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه، وكونه يجبره الحاكم على إنفاقه على نفسه محل نظر، أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه، وكذا أمره بالمعروف من ذلك قوله: **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** إظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله: ولا يجب النفقة مع اختلاف الدين إلا

الجوع) وقد قيل فسر النبي ﷺ حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا وكلامه واضح. وقوله: **(لما تلونا)** أراد به قوله تعالى **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادراً على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا. قال شمس الأئمة السرخسي: إذا كان الأب كسوباً والابن أيضاً كسوباً يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب. وقال شمس الأئمة الحلواني: لا يجبر على ذلك، فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب، وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد، فإن الولد البالغ إذا كان قادراً على الكسب لا تجب على الأب نفقته، وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاء جارية الوالد، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة. وقوله: **(ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين)** ظاهر. وقوله: **(لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا)** قال الله تعالى **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾** الآية. واستشكل بقوله تعالى **﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾** فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حربيين. وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المفضي إلى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب. وقوله: **(ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)** من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمناً للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك، وكلامه في الفرق بينهما بأن

besturdubooks.wordpress.com

نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث، ولأن القرابة موجبة للصلة، ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا **(ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)** لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص، ولا تأويل لهما في مال غيره، ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق

للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وقوله لأن النفقة: أي نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث: يعني بالقرابة، والمحرمية مقيد بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه **﴿وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك﴾** [البقرة: ٢٣٣] فعلقه به، ولا إرث بين المسلم والكافر، بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثاً بالحديث، وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[1] وسيأتي الكلام عليه قوله: **(فاعتبرنا في الأعلى)** وهو دوام ملك اليمين **(أصل العلة)** وهو القرابة المحرمة **(وفي الأدنى)** وهو النفقة **(العلة المؤكدة)** بالتوارث، وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع: يعني إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيداً بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق، وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه في القطيعة فأوجب رفعها بلا مؤكد، بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يرفعه حينئذ إلا بمؤكد. وما قيل: الضابط عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم. والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى **﴿وعلى الوارث﴾** [البقرة: ٢٣٣] سوى من يثبت له ميراث، والخال كذلك لا من يثبت بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه. لا يقال: هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمي. لأنا نقول: بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ قوله: **(لأن لهما تأويلاً في مال الولد)** يفيد أنه ملكهما **(بالنص)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[2] رواه عن

النفقة متعلقة بالإرث: يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث: يعني قوله عليه الصلاة والسلام «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة، فإن حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى؟ ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكماً، ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى. والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبرّه أحد من غير سؤال، فإن الهلاك جوعاً في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر، وأما الحاجة إلى الإعتاق فإنها لا تندفع إلا من جانبه، وأما كون الإحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا. قال: **(ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)** لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الأخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية **(لأن لهما تأويلاً في مال الولد بالنص)** وهو قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» فكانا غنيين بماله، والغني لا تجب نفقته على غيره. فإن قيل: التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** قلت: الحديث مشهور فتجوز به الزيادة،

قوله: **(وبالمعقول)** أقول: فيه أن ذلك ليس دليلاً آخر بل لإظهار حكم تعليق الشارع إيجاب بالقرابة المحرمية مقيداً بالإرث وعتق القريب بها بلا قيد قوله: **(قلت: إلى قوله: والغني لا تجب نفقة على والده فلا يشارك الجد الابن)** أقول: فكان المآل إلى التقييد بالحديث فإن الإجماع لا يصلح مقيداً.

---

(١) سيأتي في كتاب العتق.

(٢) تقدم مستوفياً في أواخر نكاح الرقيق وإسناده قوي.

besturdubooks.wordpress.com

نفقتهما عليه، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح، لأن المعنى يشملهما **(والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً أو أعمى)** لأن الصلة في

النبي ﷺ جماعة من الصحابة، وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحدّ. وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عليها قال رسول الله ﷺ «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه»[1] حسنه الترمذي. فإن قيل: هذا يقتضي أن له ملكاً ناجزاً في ماله. قلنا: نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعاً «إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور، وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها» ومما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولد ولده، فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثاً على الذكر مثل حظ الأنثيين كما في الميراث قياساً على نفقة ذوي الأرحام، وبه قال الشافعي وأحمد. والحق الإستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية، بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث، ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث، فإن كان الولد معسراً وهما موسران فلا نفقة لأحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الإبن قادراً على الكسب مع اعتباره أو لا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني. وعن أبي يوسف قال: إذا كان الأب زمناً وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه. وقال الشاعر:

* كلوا في بعض بطنكمو تعفوا *

وفي الفتاوي: يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه. وفي نفقات الحلواني قال: فيه روايتان: في رواية كما قلنا، وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة، أما إذا كان صحيحاً فلا. قال في المحيط: فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه، ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث، ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه، ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث، وإذا كان للفقيه ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لأنه أقرب، وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة أن الميراث بينهما لقرب البنت، فإذا

سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة إلى قوله تعالى ﴿وعلى المولود رزقهن﴾ الآية كما تقدم. فإن قلت: لا منافاة بين الآيتين لأن قوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ يقتضي أن يشارك الجد الابن، كما أن قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ يقتضيه. قلت لما ثبت للوالد التأويل في مال الولد بالإجماع صار غنياً به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجدّ الابن. وقوله: **(ولأنه أقرب الناس إليهما)** أي الولد أقرب الناس إلى الوالدين، والأقرب إليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لأنها صلة وجبت بالقرابة، فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكر والأنثى أثلاثاً للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لأن المعنى يشملها. وبيانه أن استحقاق الأبوين إنما باعتبار التأويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث، فقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن رواية الحسن. وقوله: **(والنفقة لكل ذي رحم محرم)** مبتدأ وخبره محذوف: أي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التأبيد واجبه إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت

---

(١) تقدم في أواخر نكاح الرقيق وإسناده قوي.

besturdubooks.wordpress.com

القرابة واجبة دون البعيدة، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ وفي قراءة عبد الله بن مسعود «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك» ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة والزمانة والعمى

استويا فالنفقة عليهما إلا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان. وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن، وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط، ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل. ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح، الكل من المحيط. وإذا اختلفا فقال الابن: هو غنيّ وليس عليّ نفقته وقال الأب: أنا معسر ذكر في المنتقى أن القول: للأب والبينة بينة الابن قوله: (**والنفقة لكل ذي رحم محرم**) أي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الإخبار بالجارّ والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا. وقال أحمد: على كل وارث محرماً كان أو لا وهو قول: ابن أبي ليلى. وقال الشافعي: لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالإخوة والأعمام. وجهة أنه يجعل الإشارة في قوله تعالى ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ [البقرة: ٢٣٣] لنفي المضارة لا لإيجاب النفقة، فلا يبقى دليلاً على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي. قلنا: نفيها لا يختص بالوارث، ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب. وجه قول أحمد: أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة. قلنا في قراءة ابن مسعود «وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك» فيكون بياناً للقراءة المتواترة. فإن قيل: القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد، ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة. أجيب بادعاء شهرتها، واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال: قدمت المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول: «يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك ثم أدناك أدناك»[1] وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري «قلت: يا رسول الله من أبرّ؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال

امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً فقيراً زمناً أو أعمى، لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل بينهما كونه ذ رحم محرم بدليل قوله تعالى ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن**﴾ فيدل على أن على الوارث النفقة، وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود: وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك، ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي ﷺ ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك، والصفات المذكورة وهي الصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقيق العجز فإن القادر على الكسب غني. فإن قيل: ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب؟ أجاب بقوله بخلاف الأبوين إلخ وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه. وقوله: (**يجب ذلك**) يعني النفقة (**على قدر الميراث ويجبر عليه**) أي على الإنفاق، أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ تنبيهاً على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته، وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون

قوله: (**فإن ذلك للإشارة إلى البعيد**) أقول: لا إلى القريب الذي هو التحرز عن المضارة على ما فسر به أيضاً.

---

(١) جيد. أخرجه النسائي ٥/ ٦١ وابن حبان ٣٣٤١ والدارقطني ٣/ ٤٤ ـ ٤٥ كلهم من طريق يزيد بن زياد عن طارق المحاربي بهذا اللفظ رجاله ثقات.

ويزيد صدوق كما في التقريب وقد توبع فقد أخرجه الطبراني في الكبير ٨١٧٥ من وجه آخر عن طارق المحاربي وكرره ابن حبان ٦٥٦٢ مطولاً والنسائي ٨/ ٥٥ والحاكم ٢/ ٦١١ ـ ٦١٢ بطوله وعنه البيهقي في دلائل النبوة ٥/ ٣٨١ والبيهقي في السنن ٥/ ٣٨٠ كلهم من طريق يزيد بن زياد، ورواية البيهقي من طريق أبي الخباب، وهو مدلس لكن صرح بالتحديث في رواية البيهقي، وأخرجه مختصراً ابن أبي شيبة ١٤/ ٣٠٠ من طريق يزيد، وكذا ابن ماجه ٢٦٧٠ من طريقه.

وقال البوصيري في الزوائد: ٢/ ١٧٠: إسناده صحيح، ورجاله ثقات.

besturdubooks.wordpress.com

أمارة الحاجة لتحقق العجز، فإن القادر على الكسب غني بكسبه. بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب. قال: **(ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه)** لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار، ولأن الغرم بالغنم والجبر لإيفاء حق مستحق. قال:

أمك، قال ثم من؟ قال أباك، ثم الأقرب فالأقرب»[1] قال الترمذي حسن، وفي صحيح مسلم «فإن فضل عن أهلك شيء فلذوي قرابتك»[2] فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث. ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلاً لأنه جواب قول السائل: من أبرّ؟، وهو لا يستلزم كونه سؤالاً عن البرّ المفروض لجواز كونه سؤالاً عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الأول، وليس هذا معارضاً للنص لأن الإيجاب على الوارث بالنص لا ينفي أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول: بمفهوم الصفة. على أن لقائل أن يلزمهم أن الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصاً على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الأرحام مع قولكم إن المراد به أهلية الإرث في الجملة، حتى قالوا: إذا كان له خال وابن عم أن نفقته على خاله وميراثه لابن عمه، اللهم إلا أن يثبت قولنا. نقطع بأن إيجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية، بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لأن التحريم في المحرمات من القرائب لأن الإفتراش إما عدم وصل أو يؤدي إليه قوله: **(فإن القادر على الكسب غنيّ بكسبه)** وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغاً، ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قالوا: والإبن الزمن البالغ، ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الأرحام: ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً، وإن كان لا يقدر على الكسب إلا في الولد خاصة أو في الجد أبي الأب إذا مات الولد فإني أجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى. وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الأئمة السرخسي بخلاف الحلواني

وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث، وعلى هذا كان الرجل زمناً معسراً وله ابن معسر أو كبير زمن وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما، فأما نفقة الولد فعلى الأخ لأب وأم خاصة لأن ميراث الولد عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم، ولا يرث معه العم لأب ولا العم لأم. والحاصل أن من يكون محتاجاً يجعل معدوماً وتكون النفقة بعده على من يكون وارثاً بحسب الميراث، فإن كان الولد ابنة كان نفقة الأب على الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة، أما نفقة الابنة فلما بينا، وأما نفقة الأب فلأن الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة، ولكن تعتبر صفة الوارثة مع بقائها، بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم، فإذا جعل كذلك فميراث الأب يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداساً فالنفقة عليهما بحسب ذلك، وهذا كله إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز إلى غيرهم، وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان للصغير الفقير خال موسراً وابن عم موسر فالنفقة على ذي

قوله: **(أجيب بأن نفقة ذي الرحم إلخ)** أقول: في الجواب قصور، فإن وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة الموروثة وليس ذلك بموجود في الخال مع وجود ابن العم، فالأظهر أن يقال: ليس المراد الإرث بالفعل فإن ذلك بعد موت المنفق.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٥١٣٩ والترمذي ١٨٩٧ والبخاري في الأدب المفرد برقم ٣ والحاكم ٤/ ١٥٠ والبيهقي ٨/ ٢ وأحمد ٥/ ٣. ٥ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة القشيري وسلسلة بهز من نوع الحسن عند علماء هذا الفن لكن للحديث شواهد، فهو حسن صحيح. وحسنه الترمذي، وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالوا.

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ٩٩٧ من حديث جابر «قال: أعتق رجل من بني عُذرة عبداً له عن دبر، فبلغ ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: ألك مال غيره، فقال: لا فقال: من يشتريه مني، فاشتراه نعيم بن عبد الله العدوي بثمانمائة درهم، فجاء بها رسول الله ﷺ، فدفعها إليه، ثم قال: ابدأ بنفسك، فتصدق عليها، فإن فضل شيء، فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء، فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء، فهكذا وهكذا يقول: فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك».

besturdubooks.wordpress.com

(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثاً على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهما على هذا المقدار. قال العبد الضعيف: هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود رزقهن وكسوتهن﴾ وصار كالولد الصغير. ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومئونة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الأم، وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثاً، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث، غير أن المعتبر أهلية الإرث في الجملة

على ما قدمناه قوله: **(لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار)** بطريق أنه يفيد عليه مأخذ الاشتقاق وهو الإرث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها. مثاله إذا كا له أخ شقيق أو لأب وأخت شقيقة فالنفقة عليهما أثلاثاً على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك، ولو كانا لأم وجبت عليهما نصفين كإرثهما، ولو كان معهما أخ لأبوين أو لأب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب، ولو كان أخ لأب وأخ لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لأب، وعلى هذا فقس قوله: **(ووجه الفرق)** أي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن قوله: **(فاختص بنفقته)** لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه، بخلاف البالغ فإنه ليس للأب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم قوله: **(على الأخوات المتفرقات)** بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أخماساً ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس على التي لأب وخمس على التي لأم لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الردّ عليهن قوله: **(غير أن المعتبر أهلية الإرث)** هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره. وإيضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة، فإنه لمن قام به الإرث بالفعل، وهذا لا يتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت إرادة الحقيقة، فكان المراد من يثبت له ميراث، والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية، بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فإن النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية، وإحراز العم الميراث في الحال لو مات، فلو كان العم معسراً وجبت بين العمة والخال أثلاثاً على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت. والحاصل أن قوله: أهلية الميراث لا لإحرازه فيما إذا كان المحرر للميراث غير محرم ومعه محرم، أما إذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم، وإذا اتفقوا في المحرمية والإرث في الحال وكان

الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يحرز الميراث لأن النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب. فإن قيل: هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثاً ولا تجب على الخال لكونه غير وارث. وأجيب بأن نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقاً للصلة، وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه. قال: **(وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن)** كلامه ظاهر. وقوله: **(ووجه الفرق)** يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الأب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الأب والثلث على الأم كما في الإرث أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومئونة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه. فكذا في النفقة على الصغير، وأما الكبير فليس للأب عليه ولاية ليلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثاً فكذلك نفقته. وقوله أخماساً على قدر الميراث: يعني ثلاثة الأخماس من الميراث تكون للأخت لأب وأم والخمس للأخت لأب والخمس للأخت لأم بالفرد والرد، فكذلك النفقة على هذا التفصيل. وقوله: **(غير أن المعتبر)** استثناء من قوله وفي غير الوالد تعتبر على قدر الميراث، والمراد بأهلية الإرث هو أن لا يكون محروماً، وفي كلامه لف ونشر حيث قال: إن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه، ثم نشر بقوله فإن المعسر إذا كان له خال: يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم

besturdubooks.wordpress.com

لا إحرازه، فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه **(ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير)** لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه التزمها بالإقدام على العقد، إذ المصالح لا تنتظم دونها، ولا يعمل في مثلها الإعسار. ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف. وعن محمد أنه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر في حقوق العباد وإنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير والفتوى على الأول، لكن النصاب

بعضهم فقيراً جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم قوله: **(ثم اليسار مقدر بالنصاب)** أي بنصاب الزكاة على ما روي عن أبي يوسف. وعن محمد روايتان إحداهما بما يفضل عن نفقة شهر والأخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهماً ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب، ومجمل الروايتين على حاجة الإنسان إن كان مكتسباً ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي، وإن لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر، فإن صار فقيراً ارتفعت نفقتهم عنه. ومال السرخسي إلى قول محمد في الكسب فإنه علله بأن قال: لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي بتيسير الأداء وتيسير الأداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته. وقال صاحب التحفة: قول محمد أرفق ومال الولوالجي إلى قول أبي يوسف قال: لأن النفقة تجب على الموسر، ونهاية اليسار لا حدّ لها، وبدايته النصاب فيتقدر به. وقال في الخلاصة بعد ما نقل أنه نصاب الزكاة: وبه يفتي واختار صاحب الهداية أنه نصاب حرمان الصدقة قوله: **(والفتوى على الأول)** أي على أن اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف، وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر، إلا أن النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلاً عن حاجته، وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمي، وحقوق الله تعالى يراعي فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقاً بل إذا لم يكن كسوباً يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة، فإذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت، وإن كان كسوباً يعتبر قول محمد، وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى قوله: **(وإذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه)** لما قدمنا أن كل من يقضي له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ إذا قدر بلا قضاء، فالوالدان والولد والزوجة إذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم إذا احتاجوا قوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء وهو قوله. ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء، ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم قوله: **(وإن باع العقار لم يجز)** ولا يجوز للأب بيع عقار الابن إلا إذا كان الابن صغيراً أو مجنوناً، ولا يجوز لغيره مطلقاً قوله: **(لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ)** وقرر في النهاية وجه القياس بأن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيداً إلا فيما يبيعه تحصيناً على الغائب. ولا يخفى أن قيد الرشيد ليس معتبراً في انقطاع ولاية الأب. نعم إذا بلغ غير رشيد لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمساً وعشرين سنة على ما عرف، ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه، ولذا قال في جواب أبي حنيفة هناك: إن منع المال لا يفيد مع فك الحجر لأنه يتلفه بلسانه بأن يباشر العقود إلى آخر ما عرف في باب الحجر قوله: **(وكذا لا تملك الأم في نفقتها)** مع أنها مساوية للأب في

يحرز الميراث لما قدمنا أن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم، وهذا راجع إلى قوله لا إحرازه. وقوله: **(ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين)** راجع إلى قوله المعتبر أهلية الإرث. وقوله: **(ولا بد من اعتباره)** أي اعتبار الإرث بأن يكون أهلاً لا محرزاً، ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه. وقوله: **(ولا تجب على الفقير)** ظاهر. وقوله: **(بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهراً)** قيل: هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته **(أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم)** إذا كان

besturdubooks.wordpress.com

نصاب حرمان الصدقة **(وإذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه)** وقد بينا الوجه فيه **(وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز)** عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه، وهذا استحسان **(وإن باع العقار لم يجز)** وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس، لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ، ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة، وكذا لا تملك الأم في النفقة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب. ألا ترى

استحقاق النفقة، وكذا ليس للقاضي أن يحكم به مع عموم ولايته قوله: **(ولأبي حنيفة)** حاصله الفرق بين الأب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب، وبيع العروض من باب الحفظ لأنه يخشى عليه التلف، وإذا ملكه الوصي فلأن يملكه الأب أولى لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه، وإذا جاز بيعه صار الحاصل عند الثمن وهو جنس حقه فيأخذه، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلا يحتاج إلى الحفظ بالبيع فليس للأب بيعه إلا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه، ومقتضى هذا صحة بيع الأب للعروض على الكبير إذا لم يكن للدين، بخلاف غيرالأب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع، لكن نقل في الذخيرة عن الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا ذكر القدوري في شرحه فإنه أضاف البيع إليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان: وجه رواية الأقضية أن معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء، وعلى تقدير الإنفاق فتأويله أن الأب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها، أما بيعها بنفسها فبعيد لأن جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله: **(فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن)** أي في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه، ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح. وفي النوادر: لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحساناً،

معتملاً ينفق من كسب يده. وقوله: **(والفتوى على الأول)** يعني أن اليسار مقدر بالنصاب، لكن النصب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلاً عن حوائجه الأصلية وهو الصحيح، لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مئونة من وجه صدقة من وجه والنفقة مئونة من كل وجه، فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلأن لا يشترط ههنا وهي مئونة من كل وجه أولى. ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجناس قال في نوادر أبي يوسف: يشترط نصاب الزكاة. ثم قال في الخلاصة: هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى إن انتقص منه درهم لا يجب **(وإن كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه)** وقوله: **(وقد بينا الوجه فيه)** يريد ما تقدم من قوله: ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء، إلى قوله: ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم، وقوله: **(وإذا باع أبوه متاعه)** ظاهر. وقوله: **(وكذا لا تملك الأم في النفقة)** مخالف لما ذكر في الأقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للأبوين فإما أن يكون في المسئلة روايتان في رواية الأقضية

قال المصنف: **(لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة)** أقول: لا كما روي عن أبي يوسف، هكذا قيل، لكن في شرح الكنز للإمام الزيلعي أن اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو المعتبر في وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اهـ. قوله: **(وهي مئونة من كل وجه أولى)** أقول: فيه بحث: فإنها صدقة أيضاً على ما دل عليه الأخبار الصحيحة. وجوابه أن المراد أن شرعيتها للمئونة ولا ينافي كونها عبادة بالنية، بخلاف صدقة الفطر وسيجيء من المصنف في كتاب الحجر أيضاً أنها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا قوله: **(من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر)** أقول: ألا ترى إلى قول المصنف بخلاف غير الأب من الأقارب قال المصنف: **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب)** أقول: قال الإمام الزيلعي: وفي المسألة نوع إشكال وهو أن يقال إذا كان للأب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ إجماعاً فما المانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اهـ.؟ جواب الإشكال الأول ظاهر فإنهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الإنفاق والبيع بقصد الإنفاق، وجواب الثاني يظهر من تقرير الأكمل فتأمل فيه قوله. **(لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض)** أقول: فيه بحثان: الأول أنه إذا وجب بفرض القاضي وإذنه في الاستدانة ينبغي أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه.

besturdubooks.wordpress.com

أن للوصي ذلك فالأب أولى لوفور شفقته، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها، وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر. وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه **(وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا)** لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق **(وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن)** لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير،

وقالوا: في رفقة في سفر أغمي على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحساناً ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا إلى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم، فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك، فقال محمد: لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء، وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق في تجهيزه فقيل له إنه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى **﴿والله يعلم المفسد من المصلح﴾** وقالوا: في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والأمتعة لا يضمن، وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا متولي له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحساناً قوله: **(فظهر إلخ)** يعني إذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للأبوين حال دفعه لهما فيظهر أنه كان متبرعاً بملكه لهما فلا رجوع له عليهما قوله: **(فمضت مدة سقطت)** هذا إذا طالت المدة، فأما إذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط. قيل: وكيف لا تصير القصيرة ديناً والقاضي مأمور القضاء، ولو لم تصر ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة، ولو كان كل ما مضى سقط لم تكن استيفاء شيء، ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات قوله: **(لأن نفقة هؤلاء تجب للحاجة)** وعن هذا ما قدمناه من أنه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لأن الحاجة لم تندفع بما سرق، ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لأنها للزوجة ليست شرعاً لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضيّ تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها قوله: **(إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط)** وإن كان في نفقة ذوي الأرحام لما ذكر في الكتاب، وما ذكره في زكاة الجامع أن دين نفقة الزوجات والأقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لأن له مطالباً من جهة العباد فسوى نفقة الزوجات والأقارب اختلفوا فيه، قيل:

والقدوري تملك الأم البيع كالأب لأن معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء، وإما أن يكون ما في الأقضية والقدوري مؤولاً بأن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر. وقوله: **(إن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب)** اعترض عليه بأنه كذلك، لكن الفرض أن يبيعه لنفقته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ. وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الإنفاق لا تتغير تلك الحقيقة، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة. لا يقال: عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق. لأنا نقول: الإتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض. وقوله على ما مر إشارة إلى ما قال ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم. وقوله: **(لأنه ملكه بالضمان)** يعني أن الأجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً بمال نفسه. وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي: يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى. وقوله: **(إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه)** استثناء من قوله فمضت مدة سقطت، ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضاً كنفقة الزوجة وإن مضت مدة لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها، ولو أمر الغائب بالاستدانة صار ديناً في ذمته لا يسقط بمضي المدة، فكذا إذا أذن القاضي بذلك. وإذا تذكرت أن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة إن القاضي إذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني، ولو كان ذلك في نفقة

besturdubooks.wordpress.com

بخلاف ما إذا أمره القاضي لأن أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً به (**وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت**) لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى. قال: (**إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه**) لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير ديناً في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله تعالى أعلم بالصواب.

محمله في نفقة الأقارب ما إذا أذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا إلى وفاء الدين، أما إذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة ديناً، وإلى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا إطلاق الهداية به، وقيل: محمله ما إذا قصرت المدة بأن تكون شهراً فأقل، والله سبحانه أعلم.

الأقارب حوسب به، وإن القاضي إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة، ولو كان ذلك في الأقارب وجب عليه أن يكسوهم.

besturdubooks.wordpress.com

فصل

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) لقوله ﷺ في المماليك «إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، ولا تعذبوا عباد الله» (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا

فصل

قوله: (وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه إجماع العلماء، قيل إلا الشعبي، الأولى أن يحمل قوله: على ما إذا كانوا يقدرون على الاكتساب فإنه لا يجب على المولى كما سنذكره. ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه فهو متطوع، وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط إذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع، كذا في الخلاصة. وفيها: إذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة أن هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الأمة أو جحدت، ويضعها على يد عدل، وتفرض نفقة الأمة إن طلبت على الذي كانت في يده اهـ. ولو أن عبداً صغيراً في يد رجل فقال: لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لأنه أقرّ برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه، ولو كان كبيراً لا يحلف لأنه في يد نفسه، والقول له في الرق والحرية، والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه ﷺ قال: «هم إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم»[1] ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه «ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله»[2] وعن عليّ رضي الله عنه قال: كان آخر كلام رسول الله ﷺ «الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم»[3] رواه أحمد، والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله، فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى، بخلاف إلباسه نحو الجوالق والله أعلم، ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد قوله: (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما، حتى لو كان يتمكن من الإنفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا نهاه عن الكسب، أما إذا كان عاجزاً عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبى أن ينفق قوله: (بأن كان عبداً زمناً) يفيد أنه إذا كان صحيحاً إلا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزاً عن الكسب لأنه

فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق، وأما في الدواب فيفتي فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق عليها، وفي غير الدوابّ كالدور والعقار فإنه لا يفتي به، أيضاً إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروهاً، وكلامه واضح، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن، وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بحال من الأحوال، وأما في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠، ٢٥٤٥، ٦٠٥٠ وفي الأدب المفرد ١٨٩ ومسلم ١٦٦١ حـ ٤٠ وأبو داود ٥١٥٧ والترمذي ١٩٤٥ وابن ماجه ٣٦٩٠ والبيهقي ٧/٨ وأحمد ١٥٨/٥، ١٦١ كلهم من حديث أبي ذر.

(٢) هذه الرواية عند أبي داود برقم ٥١٥٧.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٥١٥٦ وابن ماجه ٢٦٩٨ والبيهقي ١١/٨ وأحمد ٧٨/١ كلهم من حديث عليّ، ورجاله ثقات رجال البخاري، ومسلم غير أم موسى، وهي سرية عليّ بن أبي طالب.
قال الدارقطني: حديثها مستقيم يخرج حديثها اعتباراً، وقال ابن حجر في التقريب: مقبولة.

besturdubooks.wordpress.com

وأنفقا) لأن فيه نظراً للجانبين حتى يبقى المملوك حياً ويبقى فيه ملك المالك **(وإن لم يكن لهما كسب)** بأن كان عبداً زمناً أو جارية لا يؤجر مثلها **(أجبر المولى على بيعهما)** لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف، بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير ديناً فكان تأخيراً على ما ذكرنا، ونفقة المملوك لا تصير ديناً فكان

يمكن أن يؤاجر نفسه في بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء، وما قدمناه نقلاً من الكافي في نفقة ذوي الأرحام ثبوته هنا أولى، وكذا إذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بأن كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الإنفاق أو البيع، بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فإنه يجبر على الإنفاق عليهم عيناً أن لم يقدروا على الكسب، بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء. ولو أعتق عبداً زمناً سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال، وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمية وإن كان عصبة له كابن العم قوله: **(بخلاف سائر الحيوانات إلخ)** ظاهر الرواية أنه لا يجبره القاضي على ترك الإنفاق عليها لأن في الإجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضى له وليس فليس، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثماً معاقباً بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق. وفي الحديث «امرأة دخلت النار في هرّة حبستها حتى ماتت، لا هي أطلقتها تأكل من خشاش[1] الأرض، ولا هي أطعمتها»[2] وذكر المصنف أنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان: يعني ما تقدم من رواية أبي داود «لا تعذبوا خلق الله»[3] ونهى عن إضاعة المال وهو ما في الصحيحين من أنه ﷺ «كان ينهي عن إضاعة المال وكثرة السؤال»[4]. وعن هذا ما ذكر أنه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعني كالأملاك من الدور والزروع فإنه يؤدي إلى ضياع المال. وعن أبي يوسف أنه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله، وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه، وظاهر المذهب الأول. والحق ما عليه الجماعة، بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعاً بالإنفاق عليها فالقاضي يقول للآبي: إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك، ذكره الخصاف. وفي المحيط: يجبر صاحبه لأنه لو لم يجبر لتضرر الشريك.

[فروع] وتجب النفقة على من له المنفعة مالكاً كان أو لا. مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة. ولو أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية. ومثله أوصى بدار لرجل

النكاح ففي الإجبار على التفريق فوات الزوج بلا خلف، وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي ديناً على الزوج فكان تأخيراً. وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى **(وعن أبي يوسف أنه يجبر)** وهو قول

---

(١) قوله (خشاش) كذا في بعض النسخ وأيده في النهاية قال: والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفي الحديث «إن امرأة الخ» وسرده إلى أن قال: ويروى بالحاء المهملة، وهو يابس وهو وهم، كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٣١٨ ومسلم ٢٤٤٢، ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٢٥٦ والبيهقي ٨/ ١٤ وابن حبان ٥٤٦ والبغوي ٤١٨٤، ١٦٧٠ وأحمد ٢/ ٢٦١، ٣١٧ كلهم من حديث أبي هريرة.

وأخرجه البخاري ٣٣١٨، ٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ وابن حبان ٥٤٦ والدارمي ٢٧١٠ والبيهقي ٥/ ٢١٤، ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر: «دخلت امرأة النار في حرة ربطتها، فلم تطعمها، ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض» وفي رواية لمسلم وغيره: «عُذّبَت امرأة...» اهـ وخشاش الأرض. هوامها وحشراتها، وقيل: المراد به نبات الأرض، وهو غلط، وفي الحديث تحريم قتل الهرة، وحبسها بغير طعام، أو شراب اهـ النووي في شرح مسلم باختصار.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٠٨، ٥٩٧٥ ومسلم ١٣٤١، ٥٩٣ وفي الأدب المفرد ٤٦٠ وابن حبان ٥٥٥٥، ٥٥٥٦ والدارمي ٢٦٤٩ والطحاوي في المشكل ٤/ ٢٣٣ والبغوي ٣٤٢٦ والطبراني ٢٠/ ٩٠٩، ٩١٠، ٩٤٢ وأحمد ٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥، ٢٤٦ كلهم من حديث المغيرة بن شعبة: «إن الله حرّم عليكم عقوق الأمهات، ووأدَ البنات، ومنع وهات، وكرِه لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال» هذا لفظ البخاري ومسلم، وغيرهما. وفي رواية: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن وأد...».

besturdubooks.wordpress.com

إبطالاً، وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى «لأنه ﷺ نهى عن تعذيب الحيوان» وفيه ذلك، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر، والأصح ما قلنا، والله تعالى أعلم بالصواب.

وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له، فإن انهدمت فقال صاحب السكنى: أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعاً لأنه مضطر فيه لأنه لا يصل إلى حقه إلا به، فصار كصاحب العلوّ مع صاحب السفل إذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعاً، وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبتمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة، وفي التبن والحنطة إن بقي من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لأن المنفعة لهما. وأقول: ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منها وإلا يلزم ضرر صاحب القليل؛ ألا يرى إلى قولهم في السمسم إذا أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر: فإن النفقة على من له الدهن لعده عدماً وإن كان قد يباع، وينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لأن الكسب يباع لعلف البقر وغيره. وكذا أقول فيما عن محمد: ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما، وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد، ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل: على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون، والصحيح أنه على البائع ما دام في يده، ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك، والله سبحانه أعلم.

الشافعي، وقاساه على الرقيق، والأصح ما قلنا: يعني من عدم الجبر لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقاً على المولى وعلى غيره في الجملة، ألا ترى أنه بالكتابة يستحق حقوقاً على المولى وإن كان مملوكاً، فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقاً فلا يصح أن يكون مقضياً له فانعدم شرط القضاء، والله تعالى أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه)، قال ﷺ «أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار» ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء. قال: **(العتق يصح من الحرّ البالغ العاقل في ملكه)** شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق في أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع، وأما إسقاط ملك ما في الذمة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفواً فقد ميزت أنواع الاسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار، وتسري إضافة للبعض إلى الكل، وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله: بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلاً له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلاً به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك الطلاق، وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لأنه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك، ولا يخفى ما في الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمي لأثر حكمي لموت حكمي، فإن الكافر ميت معنى، فإن لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح، قال تعالى **﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾** [الأنعام: ١٢٢] أي كافراً فهديناه، ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما تأهّل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه، وامتنع أيضاً بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز، وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى، فإنه صار بذلك ملحقاً بالأموات في كثير من الصفات، فكان العتق إحياء له معنى، ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصاً لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الأكبر. قوبل إحياؤه معنى بإحيائه معنى أعظم إحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار، منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «أيما امرىء مسلم أعتق امرأ مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»[1]

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفساداً في الملك أو تحقيقاً للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق. ومن محاسنه. أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية. وتفسيره في اللغة القوة، يقال: عتق الفرخ إذا قوي وطار عن وكره. وفي الشريعة: قوة حكمية يصير المرء بها أهلاً للشهادة والولاية والقضاء.

كتاب العتاق

قال المصنف: **(شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في ملكه)** أقول: لك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج إلى شرط الحرية. والجواب أن اشتراط الحرية مقصود بالإفادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمناً.

قوله: **(وتفسيره في اللغة إلخ)** أقول: أي تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام إذا كان المراد من لفظه معنى الإعتاق كما لا يخفى قوله: **(ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي إلخ)** أقول: لم تزل يد الحربي عنه في هذه الصورة بل عتقه لأمر آخر كما سيجيء في كتاب السير وزوال يده عنه فيما إذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجيء أيضاً قوله: **(وشرطه كون المعتق حراً)** أقول: فيه استخدام أيضاً.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥١٧، ٦٧١٥ ومسلم ١٥٠٩ والترمذي ١٥٤١ وابن حبان ٤٣٠٨ والطحاوي في المشكل ٧٢٤ وابن الجارود ٩٦٨ والبيهقي ١٠/٢٧١، ٢٧٢ وأحمد ٢/ ٤٢٠، ٤٢٢، ٤٣٠، ٤٣١، ٥٢٥ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي لفظ: «من أعتق...».

besturdubooks.wordpress.com

ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً، ولهذا لا يملكه الولي عليه، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو

وفي لفظ «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج»[١] أخرجه الترمذي في الأيمان والنذور، ورواه ابن ماجه في الأحكام والباقون في العتق، وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب ابن مرة عن النبي ﷺ «أيما رجل مسلم أعتق رجلاً مسلماً كان فكاكه من النار، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار» وزاد أبو داود «وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظماً من عظامه»[٢] وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلاً. والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة، ومنه عتاق الطير لجوارحها، وعتق الفرخ إذا قوي على الطيران، وفرس عتيق إذا كان سابقاً وذلك عن قوته، والبيت العتيق لاختصاصه بالقوّة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الأعصار، وقيل: للقديم عتيق لقوة سبقه، وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها، وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال:

علـيّ ألـيـة عـتـقـت قـديـمـاً وليـس لـهـا وإن طـلـبـت مـرام

عني قدمت وأنها لا ترام بحل، وبعده:

بـأن الـغـدر قـد عـلـمـت مـعـدّ عـلـيّ وجـارتـي مـنـي حـرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغدر ولا يزني بجارته، وكذا تقول: عتقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة، والعتق أيضاً يقال: للجمال، ومنه سمي الصدّيق عتيقاً لجماله، وقيل: لقدمه في الخبر، وقيل: لعتقه من النار، وقيل: لشرفه فإنه قوّة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم: يعني الحسيب، وقيل قالت: أمه لو وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد، وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها، وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلاً له بالحسب المنيف أو بعدم الموت، وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله: في المبسوط. والعتق في الشرع: خلوص حكمي يظهر في الآدي عما قدمناه ثابتاً بالرق، ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال: إنه القوة الشرعية. ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي، وعن هذا قال في الصحاح: العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر، ولذا أطلقوه في المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معانٍ مختلفة، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق، وبه صرح في المغرب حيث قال: العتق الخروج عن المملوكية، فالإعتاق شرعاً إثبات القوة الشرعية وهو التحرير إثبات الحرية وهي الخلوص، يقال: طين حر للخالص عما يشوبه، ومنه يقال: أرض حرة لاخراج عليها، والكل يرجع إلى معنى القوة. والرق في اللغة الضعف، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق، وقد يقال: العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوّز باسم المسبب

وأسبابه كثيرة: منها الإعتاق، ومنها دعوى النسب، ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبداً مسلماً فدخل به دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك.

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٥٤١ بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة.
وقال الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ.
ورجاله ثقات كلهم رجال مسلم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٦٧ وابن ماجه ٢٥٢٢ وأحمد ٤/ ٢٣٥، ٣٨٤ كلهم من حديث كعب بن مرة، وقيل مرة بن كعب حيث وقع الشك في رواية أبي داود، ورواية لأحمد وأعلّه أبو داود بالانقطاع حيث قال: سالم بن أبي الجعد لم يسمع من شرحبيل بن السّمط اهـ. قلت: لكن ورد من وجه آخر فقد رواه سالم عن معدان بن أبي طلحة عن أبي نجيح السُّلمي مرفوعاً أخرجه أبو داود ٣٩٦٥ والطيالسي ١١٥٤ والبيهقي ١٠/ ٢٧٢ وأحمد ٤/ ١١٣، ٣٨٤ مع تغير يسير في لفظه وهذا إسناد جيد رجاله ثقات، وهو على شرط مسلم، فالحديث صحيح بهذا الشاهد.

besturdubooks.wordpress.com

قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهراً لوجود الإسناد

عن السبب كقول محمد: أنت طالق مع عتق مولاك إياك. وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب، وقد يكون نفس الملك في القريب، وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق، وقد يكون بالدخول في دار الحرب، فإن الحربي لو اشترى عبداً مسلماً فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة، وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربي إلى دار الإسلام، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره، وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظي الإنشائي، وشرطه أن يكون العتق حراً بالغاً عاقلاً وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري أنه مندوب إليه غالباً ولا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر، بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق، وينفذ عتقه مع تحريمه خلافاً للظاهرية، وقد يكون واجباً كالكفارة، وقد يكون مباحاً كالعتق لزيد. والقربة ما يكون خالصاً لله عز وجل. فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والندب والإباحة والتحريم. هذا وفي عتق العبد الذميّ ما لم يخف ما ذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أغلى ثمناً من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله ﷺ: «أفضلها أغلاها» بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب. ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه. وأما ما يقال: في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها، ولذا نشاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطاً بعقائدهم فضلاً عمن عرضت حريته، نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين، وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال، والله أعلم قوله: **(ولا ملك للمملوك)** عن هذا قلنا: إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور، وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال «من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد»[1] رواه أحمد. وكان عمر إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله، قيل: الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل، وللجمهور ما عن ابن مسعود أنه قال لعبده: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنياً فأخبرني بمالك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول:

وشرطه كون المعتق حرّاً بالغاً مالكاً ملك اليمين. وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان: صريح، وكناية. وحكمه زوال الرق والملك عن المحل. وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت، وكل منها إما ببدل أو بغيره، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها. قوله: **(شرط الحرية لأن العتق)** يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق، ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضرراً محضاً، ويدل على ذلك قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق وقوله: **(ولهذا)** أي ولكون البلوغ والعقل شرطاً إذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، لأنه لما أسند إلى حالة منافية الإعتاق كان إنكار منه للإعتاق والقول قول

---

(١) حسن. أخرجه داود ٣٩٦٢ وابن ماجه ٢٥٢٩ والدارقطني ٤/ ١٣٣ . ١٣٤ كلهم من طريق عبيد الله بن أبي جعفر المصري عن بكير بن الأشج عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.
قال صاحب منار السبيل وهو في فروع الحنابلة ٢/ ١١١.
قال أحمد: يرويه عبيد الله بن أبي جعفر من أهل مصر، وهو ضعيف الحديث كان صاحب فقه أما الحديث، فليس فيه بالقوي اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب: ثقة روى له الأئمة الستة.
وقيل: لينه أحمد.
وقال الذهبي في الميزان: وُثق وقال أحمد: ليس بالقوي.
قلت: فالرجل من الثقات لرواية البخاري ومسلم عنه، وقد وثقه أبو حاتم، والنسائي كما في الميزان للذهبي.
فالحديث لا أقل أن يكون حسناً والله تعالى أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

إلى حالة منافية، وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حرّ إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم، ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم» **(وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو)** لأن هذه الألفاظ صريحة فيه، لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية والوضع، وإن كان في الإخبار فقد

«أيما رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده»[1] رواه الأثرم قوله: **(وكذا إذا قال الصبيّ إلخ)** وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حرّ لا ينعقد كلامهما سبباً عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقاً معتبراً قوله: **(لقوله ﷺ إلخ)** روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»[2] قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وقوله: حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة قوله: **(لأن هذه الألفاظ صريح فيه)** أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة كان فعلاً أو وصفاً أو مصدراً، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح، وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرّم عتيق معتق، ولو في النداء كيا حرّ يا عتيق فإنه هكذا حرّ، والمولى كقوله: هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينو، والمصدر العتاق عليك وعتقك عليّ. ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر. ولو قال: أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية، ذكره في جوامع الفقه. فعلى هذا لا بد

المنكر. وقوله لأنّه ليس بأهل لقول ملزم: يعني لأن الصبا يوجب الحجر عن الأقوال. فإن قيل: لا نسلم ذلك بل هو أهل له، ألا ترى أن صبياً لو أقرّ بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا تسمع دعواه؟ أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكد. وقوله: **(وإذا قال لعبد أو أمته أنت حرّ)** قال في المبسوط: الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان: صريح وكناية. فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء، أما صيغة الخبر فأن يقول قد أعتقتك أو حررتك، وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حرّ أو أنت عتيق، وأما المنادي فأن يقول يا حرّ يا عتيق،

قوله: **(ألا ترى أن صبياً لو أقر بالرق لزمه)** أقول: لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه، وإلا فالصبي المعبر عن نفسه في يد نفسه كما ستقف عليه في كتاب الشهادات.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٣٠ وكذا الأثرم في سننه كما ذكر المصنف كلاهما من حديث ابن مسعود، وكذا ابن عدي في الضعفاء ١/ ٣٣٥ من هذا الوجه وذكره الذهبي في الميزان ٧١٤ في ترجمة إسحق بن إبراهيم المسعودي.
قال البوصيري في زوائد ابن ماجه: فيه المسعودي قال البخاري: لا يتابع في رفع حديثه، وقال ابن عدي: ليس له إلا حديثان.
وقال مسلمة: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات.
وشيخه عمير ذكره ابن حبان في الثقات اهـ.
وقال ابن حجر في التقريب عن المسعودي هذا: مجهول.
قلت: وفي إسناده ابن ماجه انقطاع يوضحه كلام البخاري الآتي.
قال ابن عدي: قال البخاري: إسحق بن إبراهيم بن عمران بن عمير المسعودي لا يتابع في رفع حديثه عن القاسم بن عبد الرحمن.
قال: قال ابن مسعود فذكره بنحوه مرفوعاً، وفيه القصة اهـ. فتبين من ذلك أن جد إسحق هو عمران، وأما عمير فهو جد أبيه، وهذا منقطع بين إسحق وعمير قطعاً بلا شك.
وقد سمى البخاري الواسطة بينهما وهو القاسم بن عبد الرحمن وقد قال عنه الذهبي: كثير الإرسال.
قال أحمد: علي بن زيد روى عن القاسم الأعاجيب اهـ. فالحديث واهٍ وأمارة الضعف لائحة على متنه.
(٢) تقدم في أول باب الأيمان في الطلاق، وإسناده حسن.
وقال البخاري: حديث عمرو بن شعيب أصح شي في هذا الباب.

besturdubooks.wordpress.com

جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حرّ من العمل صدق ديانة) لأنه يحتمله (ولا يدين قضاء) لأنه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لأنه

من إصلاح ضابط الصريح، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا إن نوى غيره إلا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره، فلو قال: نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى، وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلاً، فإن كان هازلاً فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى غيره وهو الكذب هزلاً هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله: ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه» ونزلت هذه الآية ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾ [البقرة: ٢٣١] في ذلك[١] فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به. وذكر يعني محمداً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه. وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة. ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله ﷺ لذلك القائل «أليسا سواء؟ فك الرقبة أن تعين في عتقها»[٢] وقوله: تصبح حرّاً إضافة للعتق وتقوم حراً وتقعد يعتق في الحال. ولو قال: أنت حر النفس عتق في القضاء، وإن قال: في أفعالك وأخلاقك لا يعتق، هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال: أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية، وعن أبي يوسف: يعتق بالنية، قيل: والظاهر قول محمد رحمه الله. وبأدنى تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل. وعن أحمد أنه صريح واستبعد قوله: **(لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً)** على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا: الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية قوله: **(فأغنى عن النية)** يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق، أما نية عدمه بأن ينوي به شيئاً آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سيذكر قوله: **(والوضع)** أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعاً نوعياً؛ مثلاً وضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له. والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها، وهذا لأن أهل اللغة أيضاً يثبتون هذا المعنى: أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ، فقوله: فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضاً، وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره، وكذا في الطلاق والعتاق، وقد قدمنا في باب إيقاع

وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي إلخ. وقوله: **(وسنقرره من بعد)** أراد به قوله في مسئلة يا بني على ما سيجيء. وقوله: **(إلا إذا سماه حراً)** استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله: **(وكذا عكسه)** يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد. وقوله:

---

(١) حسن لشواهده. رواه محمد بن الحسن عن الحسن عن أبي الدرداء مرفوعاً كما ذكر ابن الهمام وكذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٧/ ١٠٤/ ٢ لكن عن الحسن مرسلاً وكذا رواه الطبري في تفسيره ٥/ ١٣ عن الحسن مرسلاً والإسناد إلى الحسن صحيح.
وأخرج ابن أبي شيبة ٧/ ١٠٤/ ٢ عن الحسن عن أبي الدرداء موقوفاً بلفظ: ثلاث لا يلعب بهنّ النكاح والعتاق والطلاق.
وأما إسناد محمد ففيه شيخ أبي يوسف، وهو إسماعيل بن مسلم المكي قال في التقريب: كان فقيهاً ضعيف الحديث.
لكن للحديث شواهد كثيرة تقدم الكلام عليها فهو حسن لشواهده.
تنبيه: ولفظ: نزلت الآية. . . ، هو من كلام الحسن، وليس بمرفوع.

(٢) حسن. هو بعض حديث أخرجه أحمد في مسنده ٤/ ٢٩٩ من طريق طلحة بن مصرف عن البراء بن عازب قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله. علمني عملاً يدخلني الجنة فقال: لئن كنت أقصرت الخطبة فأعتق النسمة وفك الرقبة فقال الأعرابي: أو ليستا بواحدة؟ قال: (. . .) الحديث فقوله: أليسا سواء من كلام الأعرابي. وإسناده حسن رجاله ثقات.

besturdubooks.wordpress.com

نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضي بثبوته تصديقاً له فيما أخبره، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حرّ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به. ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف **(وكذا لو قال رأسك حرّ أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حرّ)** لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في

الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحاً لإخباره قبيله. وكلام الكافي في العتق أيضاً مثله، وهو يقتضي أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلاً، وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق، ولفظه في البيع يخالف ذلك، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتبهاً. والحق أن المعنى متبادر في خصوص المادة، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقوله: هذا حرّ فإنه يعتق به أيضاً، والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعاً جديداً فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحاً لإخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق. ثم هذا التقرير إنما يجري في غير النداء، أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعاً بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف. هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك منك فإنه يعتق وإن لم ينو لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملكه، إلا أنه إذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلاً بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد، أما إذا قال: بعتك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول قوله: **(ولا يدين لأنه خلاف الظاهر)** بخلاف ما لو قال: عنيت أنه كان حراً في وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين، وإن كان مولداً لا يدين كذا في الغاية.

[فروع] في البدائع: دعا عبده سالماً فأجابه آخر فقال: أنت حرّ ولا نية له عتق المجيب. ولو قال: عنيت سالماً عتقاً في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعتق الذي عيناه، ولو قال: يا سالم أنت حرّ فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لا مخاطب هنا إلا سالم، وفيه قال لعبد: أنت ح ر أو لزوجته أنت ط ا ل ق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب، إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية، ولو قال: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حراً في شيء صار حراً في كل الأشياء قوله: **(وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور)** هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضي بثبوته تصديقاً له وسنقرره من بعد: أي في مسئلة يا ابني. ثانيها فيما إذا لقبه حراً ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حر أنه يعتق فقال: لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف المذكور، وهذا معاً يفيدان أن عتقه باعتبار إخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقاً له، ولا يخفى أنه لا إخبار في النداء إلا ضمناً، فإن قوله: يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعاً تصحيحاً لكلامه، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحاً لإخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الإخبار إلى الإنشاء، وأما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله: يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الإعتاق قيداً آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادي يمكن إثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد إعلامه باستحضاره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان ابناً له قبل النداء لا به.

(فيعتبر إخباراً عن الوصف) قيل فيه نظر، لأنه إذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر إنشاء للحرية لا إخباراً عن الوصف. وأجيب بأنه إذا لم يكن علماً كان المنادى في الحقيقة ذاتاً موصوفة بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، وكان النداء إخباراً بأن المنادى موصوف بهذه الصفة. وقوله: **(وسيأتيك الاختلاف فيه)** يريد الاختلاف في تجزي الإعتاق على

besturdubooks.wordpress.com

ذلك الجزء، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه **(ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق)** لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك، ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية قال: **(وكذا كنايات العتق)** وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لى عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما

[فرع] في جوامع الفقه قال لعبد غيره: يا حرّ اسقني ثم اشتراه يعتق، قيل: هذا نقض للقاعدة. أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعتق قوله: **(لأن مراده الإعلام)** أي إعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه، وهذا ظاهر إذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق إلا أن يريده فيعتق حينئذ قوله: **(أو قال لأمته فرجك حرّ)** خص الأمة لأن قوله: لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل: يعتق كالأمة. وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الأمة، ولو قال لها: فرجك عليّ حرام ينوي العتق لا تعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان، وفي لسانك حر يعتق لأنه يقال: هو لسان القوم، وفي الدم روايتان، ولو قال لها: فرجك حر عن الجماع عتقت، وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن، وفي العتق روايتان، والأولى ثبوت العتق في ذكرك حرّ لأنه يقال في العرف: هو ذكر من المذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم قوله: **(وسيأتيك الاختلاف فيه)** عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية قوله: **(ولو قال لا ملك لي عليك)** شروع في الكنايات. والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه، ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه، فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقوله لأمته: أطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده: أنت حرة عتق في الجميع إن نوى، ولو قال: أنت لله أو جعلتك لله خالصاً روي عن أبي حنيفة أنه لا يعتق وإن نوى، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق، وعنهما أنه

ما نذكره، وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في الطلاق. وقوله: **(وكذا قوله لأمته قد أطلقتك)** يعني إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخلية السبيل، بخلاف قوله طلقتك فإنها لا تعتق لأنه صار صريحاً في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه، وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والإستيلاء فنفيه نفي لليد وكأنه قال لا يد لي عليك، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه. ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق. فإن قيل: زوال اليد إما أن يكون ملزوماً لزوال الملك أو لازماً له، فإن كان الأول فليكن مجازاً لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم، وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم. فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا، ولا بلازم له

قوله: **(فالجواب أنه ليس بملزوم، إلى قوله: فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم)**. أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا: فيه كلام، فإنه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والإعتاق، فإن زوال اليد لازم للإعتاق. فإن قلت: الإعتاق إزالة الملك عند أبي حنيفة. قلت: نعم لكنه إزالة مخصوصة، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس في المسألة خلاف مسموع، بل الصواب في الجواب أن يقال: إن اللفظ المستعمل في حق العبد إنما يحمل على العتق مجازاً إذا كان لأصل معناه منافياً للعبدية، سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر، فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما في لا سبيل لي عليك. وأما إذا لم يكن منافياً كما في لا يد لي عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اهـ. وفيه بحث، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق إلخ ممنوع لا بد له من دليل، وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تسليم المبيع والثمن والبائع بسبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم الثمن. وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال المصنف: **(لأن للمولى على المكاتب سبيلاً إلخ)** أقول: مناقض لقوله لأنه يحتمل نفي السبيل بالبيع والكتابة.

bestudubooks.wordpress.com

يحتمل بالعتق فلا بد من النية، وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله، بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق)** لأن السلطان عبارة عن اليد، وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلاً فلهذا يحتمل العتق **(ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق)** ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لمثله، فإن كان لا يولد مثله

يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق. والثاني نحو أن يقول لعبده: بنت مني ولأمته بنت عني أو حرمت علي أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اغربي أو استتري أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه، وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر، وكذا إذا قال: اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى، وفي المغني اذهب حيث شئت كناية، ولو قال: أنت مثل الحرّ لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك. وقال بعض المشايخ: يعتق إذا نوى كقوله لامرأته: أنت مثلاً امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به مولياً إن نوى الإيلاء قوله: **(لأن السلطان عبارة عن اليد)** قيل فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد، لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقق لا التساهل والتجوّز فإنه قال: وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصل للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمي رجلاً بالفضل لاتصافه به، ثم قيل: هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس: كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد، فإذا قال: لا سلطان لي عليك فإنما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب، بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق، والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره، والملك في العبد يتوصل به شرعاً إلى إنفاذ التصرفات، فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده، بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز، وكذا لا حجة لي عليك. واعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق النية في لا سلطان لي عليك، وبه قال الأئمة الثلاثة. وقال بعض المشايخ: إنه ليس ببعيد. وعن الكرخي رحمه الله: فنى عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل، ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير. أما أولاً فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مراداً بها الجارحة المحسوسة بل القدرة، فإذا قيل له سلطان: أي يد يعني الاستيلاء. وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء، وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازاً فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل. وأما ثانياً فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع، إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي، ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فرداً من المعنى المجازي، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي: أعني العتق أو زوال الملك، فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات قوله: **(وثبت على ذلك)** قيل: هذا قيد اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط. وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم. وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح

لانفكاك زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم. وقوله: **(لأن للمولى على المكاتب سبيلا)** يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق. قال: **(ولو قال هذا ابني)** ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له لسبب معروف هذا ابني **(وثبت على ذلك)** ثبت النسب فيعتق عليه. ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة، كذا في شرح القدوري لأبي الفضل، حتى لو ادعى ذلك صدق. وقيل الثبات شرط النسب

besturdubooks.wordpress.com

لمثله ذكره بعد هذا، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة.والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى **(ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق)** أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول، والثاني والثالث نوع مجاز، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح، وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا، ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر، وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حرّ يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ. وقال زفر

القدوري لأبي الفضل أراد بقوله: وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق. وفي أصول فخر الإسلام: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق، ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى: هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبية: يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصرّ على ذلك أم لا. قالوا: هذا في معروفة النسب، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز وإلا جاز. قال في المجتبى: عرف بهذا أن الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوّج بمن أقر ببنتيتها. وفي مختصر الكرخي: إذا أقرّ في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال: ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شيء للمقرّ له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن إقراره لازماً، ثم إذا قال: هذا ابني هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب، وقيل: تصير أم ولد في الوجهين، وقيل: إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له، وإن كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل قوله: **(إذا كان يولد مثله لمثله)** يعني إذا كان مثله في السن يجوز شرعاً أن يكون ابناً لمثل المدعي في السن هذا هو المراد. وحاصله إذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعي أبيض ناصعاً والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب قوله: **(وإن كان ينتظم الناصر)** قال تعالى **﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾** [محمد: ١١] وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا **﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾** [مريم: ٥] قوله: **(فتعين الأسفل فالتحق بالصريح)** أو ورد عليه شارح أنه مشترك استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحاً فلا بد من النية، وقولهم: المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم. على أنا نقول: الصريح يفوق الدلالة، والمتكلم ينادي أنا غنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة، وهم يقولون: دلالة الحال من كلامك

لكونه الرجوع عنه صحيحاً دون العتق. وقيل هو شرط اتفاقي. وقوله: **(لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب)** لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه **(وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة)** وسيجيء بيان تجوز المجاز **(ولو قال هذا مولاي)** ظاهر. وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى، ذكره ابن الأثير. أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى **﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾** وأما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى **﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾** وقوله: **(والثالث نوع مجاز)** يعني الموالاة في الدين لأن المولى مشتق

besturdubooks.wordpress.com

رحمه الله: لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي. قلنا: الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به، بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراماً محضاً **(ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق)** لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرّ على ما بيناه، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام. ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذاً أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر. ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه، وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر **(وإن قال لغلام لا يولد مثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله)** وقالا: لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل

تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اهـ. والجواب أن قوله: استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائماً منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقتراناً ظاهراً كما هو فيما نحن فيه، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسنده به من قوله: تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزبه أمر لا يستدعي للنصر عبده بل بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه. وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول: هذا الصريح وهو قوله: أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله: عما هو ملحق بالصريح في إرادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهراً، وهذ الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه، ونحن نقول: فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة. واعلم أن في المسئلة خلافاً ذهب بعض المشايخ أنه لا يعتق في هذا مولاي إلا بالنية وأنه بين الصريح والكناية قوله: **(وقال زفر: لا يعتق في الثاني)** وهو يا مولاي إلا بالنية، وبقوله قال: الشافعي ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزله قوله: يا سيدي يا ملكي أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق، فإذا قال لعبده: ذلك ناوياً للعتق عتق وهكذا في يا سيد، وقد قيل: إنه يعتق بهما وإن لم ينو، وقيل: إذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيد. والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية قوله: **(بخلاف ما ذكر)** وهو يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لأنه لا يصير سيداً بالعتق لسيده.

والوجه أن حقيقته متعذرة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز، ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازياً آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية، فقلنا إذا نوى بيا سيدي العتق عتق، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية، بخلاف يا مولاي لأنه بحقيقته في الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي قوله: **(ولو قال يا ابني أو يا أخي لم**

من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه، كذا في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير. وقوله: **(فالتحق بالصريح)** يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبداً. وقوله: **(وأما الثاني)** يعني به قوله يا مولاي. وقوله: **(بخلاف ما ذكر)** يعني قوله يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، معناه أن معنى قوله يا مولاي يا من عليه ولاء العتاقة حيث تعين الأسفل مراداً فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق، بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فإن معناه يا من له

قوله: **(كذا في بعض الشروح)** أقول: يعني شرح تاج الشريعة.

besturdubooks.wordpress.com

أن تخلق. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته، إما إجماعاً أو صلة للقرابة، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً، ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف

يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره، فإنا كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقاً له كما سلف، وإن لم يكن تجرد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعاً لو تخلق من ماء غيره ولا يثبت لثبوت النسب، وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقاً له فيعتق. وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو قال لعبده: يا عمي يا خال أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك، ووجهه على وجه يدفع. واعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان يوصف يمكن إثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ جعل مثبتاً له مع النداء وإلا لا، ولا شك أن الأبنية لا يمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره، فقول المصنف: لأنه لو خلق من ماء غيره إلى آخره لا فائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الأبنية إلا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ، وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء، وذلك لأن ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبراً صريحاً بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف، وعلى هذا فما قدمنا تقريره في ياحرّ مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباته منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود. وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب، ومثله يولد له، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب قوله: **(لهم أن هذا كلام محال)** أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه، وإذا عدّ لغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق، كما أنه لما لغا قوله: أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محلاً، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلاً مبتدأ

السيادة والملك عليّ ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطف. وقوله: **(ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق)** فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حر فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال **(على ما بينا)** يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى إلخ، وإذ كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام، هذا ظاهر الرواية **(وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيهما)** أي في قوله يا ابني يا أخي.

والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حرّ يا عتيق يا مولاي، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخي والاعتماد على الظاهر. وقوله: **(ولو قال يا ابن)** ظاهر. قال: **(وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله)** إذا قال لعبده وهو أكبر سناً منه **(هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا لا يعتق)** وهو قول أبي حنيفة أولا **(وهو قول الشافعي)** وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما، وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقالا: الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز، بخلاف الأصغر سناً فإن الحقيقة فيه متصورة

قال المصنف: **(لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو)** أقول: يرد عليه هذا أسد أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الأول فليتأمل قال المصنف: **(والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز)** أقول: نعم إلا أن اعتباره مشكل هنا فإنه في الاستعارة إلا أن يجعل مثل زيد أسد مجازاً وجوابه في التلويح.

besturdubooks.wordpress.com

فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له، أما الحرية

وخبر، ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البنوة سبب للعتق وأنه طريق المجاز، بل يشترطان بعد ذلك شرطاً آخر وهو تصور حكم الأصل: أي الحقيقي. فتحرير محل النزاع أن تقول: اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به، والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر. واختلفوا في جهة الخلفية، فعندهما الخلفية بينهما في الحكم: يعني أن الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب. وعند أبي حنيفة في التكلم: يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفاً عن هذا ابني مستعملاً في ثبوت البنوّة. وقيل: بل خلف عن لفظ هذا حرّ وهو الأصل، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحاً لأنهم لم يحكوا خلافاً سوى في جهة الخلفية، وعلى ما قيل: يكون فيها، وفي الأصل أيضاً أنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة. وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة: يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته، فإذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا ابني للأكبر منه، أما في هذا حرّ فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي، واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقوف على المحال محال، ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس الماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى، وتجب الكفارة فيه دون الثانية، فوجوب الكفارة خلف عن البرّ، ولما أمكن البرّ في الأولى لتصور مس الماء انعقدت في حق الخلف، ولما لم يتصور في الثانية لم ينعقد، فرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره. وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه

لإمكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق. وقال أبو حنيفة: تصور حكم الحقيقة ليس بشرط، فإنه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحاً صحيحاً، والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم. وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدإ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حرّ من حين ملكت لأن البنّوة إذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حرّ من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه، بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوماً لقوله أنت حر من حين ملكت لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة، والشيء لا يكون ملزوماً لما ينافيه وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال. وقوله: **(وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين)** جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز، وإن لم يكن الحكم متصوراً لوجب عليه الأرش في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم ومثله، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرش. **(حتى وجب على العاقلة في سنتين)** بلفظ التثنية كذا في النهاية،

besturdubooks.wordpress.com

فلا تختلف ذاتاً وحكماً فأمكن جعله مجازاً عنه. ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا، ولو قال لصبيّ صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف، وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب، بخلاف الأبوة

في الخارج. ونجيب عن الثاني أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين، ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعاً بتقدير تعذر امتثال الأول، وهذا فرع تعلق الأول، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء، فلا يتصور شرعاً خلف استحال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك، ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر، وحينئذ ظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازاً، وظهر مما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البرّ لا البرّ نفسه. والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوّز التجوز وهو لا يحتاج شيئاً سوى إلى إدراك الحقيقي، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فإنه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضاً غير مقصود بالذات، فاشتراط إمكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأكبر منه، فإن معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسداً، والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته، وما فرق به من أن هذا مستعار بجملته، بخلاف هذا أسد لأن المجاز في نسبته دون الألفاظ ممنوع. وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك، فإنه يكون مجازاً في معنى عتق عليّ من حين ملكته استعمالاً لاسم الملزوم في لازمه، ثم إن كان هذا دخل في الوجوه عتق ديانة قضاء وإلا فقضاء، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له، بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه إلى المجاز فلغا ضرورة. وقوله: وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره إلخ: جواب عن مقيس آخر لهما، وهو إذا كان قال لآخر: قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق، ولم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي. فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لأن المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا

وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع، فما هو مسبب لا يمكن إثباته وما يمكن إثباته ليس بمسبب. وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو، أما الحقيقة فظاهرة، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرش الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الأرش كذلك. وقوله: **(أما الحرية لا تختلف)** معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازاً عنها لا تختلف ذاتاً وهو زوال الرق ولا حكماً وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها **(فأمكن جعله)** أي جعل قوله هذا ابني **(مجازاً عنه)** أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور **(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف)** وهو الأظهر. وقوله: **(لما بينا)** يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني **(ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف)** والوجه ما تقدم **(وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك)** من بنوّة أو حرية إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه **(فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب)** وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين **(بخلاف الأبوة والبنوة)** لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة **(ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بينا)** أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلخ، فكذلك ههنا الأخوّة في الملك توجب العتق، وأما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لأن هذا الكلام

قوله: **(أجيب بأن البنوة إلخ)** أقول: فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا مجاز في غيرها.

besturdubooks.wordpress.com

والبنوّة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق، ووجه الروايتين ما بيناه، ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف، وقيل هو بالإجماع

عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزاً بالسبب عن المسبب والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس سبباً له فامتنع إيجاب المال مطلقاً فلغا ضرورة، بخلاف ما نحن فيه لأن الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حرّ أو لفظ ابني، فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو. قوله: (ولو قال هذا أبي إلخ) جواب عما قيل: إنه يلغو فقال: بل هو على الخلاف أيضاً، فعند أبي حنيفة يعتق، وأما لو قال لعبده الصغير: هذا جدي فأجاب عنه أوّلاً بأنه على الخلاف، وقيل: هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه، وثانياً بالفرق، وأنه لا يعتق اتفاقاً، وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ قوله: (ولو قال هذا أخي) أي لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن. وجه الروايتين ما بيناه، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله: إن البنوة سبب الحرية في المملوك، ويعرف منه وجه هذا وهو الأخوة سبب لعتق المملوك، وحوالة الظاهر على قوله: في هذا جدّي، وقيل: لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكر. ونظيره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم، ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكماً، ولأن الأخوة تقال: لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل، حتى لو قال: من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيراً في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قررناه في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية. فإن أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فإنه لا يعتق به. ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة، حتى لو قال: من أبي ونحوه عتق، وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازاً عن لازمه فامتنع لعدم طريقه، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات، ولو دار بينهما كان المجاز أولى وإن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي وهي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع. وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب، بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة، وهذا يقوي ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف قوله: (ولو قال لعبده هذا بنتي) وكذا إذا قال لأمته: هذا ابني لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله، لأن الأول مجاز عن عتق في المذكر لأنه لجهة البنتية حقيقة. والثاني عنه في الأنثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه، ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقاً لعدم لازم مشهور وغيره، ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقلياً في نفس

لا موجب له في الملك إلا بواسطة، وكذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. قال في المبسوط إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذ ذكره مطلقاً بأن قال هذا أخي، فأما إذا ذكره مقيداً وقال هذا أخي لأبي أو لأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يراد بها الأخوة في الدين، قال الله تعالى ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾ وقد يراد بها الإتحاد في القبيلة، قال الله تعالى ﴿وإلى عاد أخاهم هوداً﴾ وقد يراد بها الأخوة في النسب، والمشترك لا يكون حجة. فإن قيل: البنوة أيضاً تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابني؟ أجيب بأن البنوّة من الرضاع مجاز، والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف. وقيل هو) أي عدم العتق (وبالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى) لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم

besturdubooks.wordpress.com

لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح **(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق)** وقال الشافعي رحمه الله: تعتق إذا نوى، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله. له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين، أما ملك اليمين فظاهر، وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين

إضافة البنت، وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة، فالتجوّز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى الياء عن نسبته إليه بالعتق فيتعين الأول، وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار، تعلق بالمشار. وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله: حققناه في النكاح، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأم والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى: أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لأن الثابت ذكر قوله: **(وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح)** كأنت مطلقة والطلاق والكناية، كما لو قال لأمته: أنت عليّ حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت مني أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واغربي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي، أو قال ذلك لعبده، أو قال له: طلقتك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى، بخلاف ما تقدم من قوله: أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق. وقال الشافعي: يعتق في ذلك كله إذا نوى. وعن أحمد روايتان: إحداهما كقولنا، والأخرى كقوله: قوله: **(لأن بين الملكين)** أي ملك الرقبة وملك النكاح **(موافقة)** قوله: **(إذ كل منهما إلخ)** حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين: أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما، أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعاً لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعاً عليه وهو اشتراط التأبيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به، إذ هو لازم لملك المنفعة: أعني الإجارة، ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة. وأما الثاني فإن كلا من التصرفين إسقاط لملك، ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه، وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدمياً مكلفاً، فإن هذه خصائص الآدمية، فالآدمية مع التكليف هي السبب، وإنما امتنعت بمانع الرق، وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة في حق الخروج، والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظاً للنسب ولا يسلب أهليتها عنه، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه، ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر قوله: **(ولنا أنه نوى مالا يحتمله لفظه)** أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من

بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح، والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبراً حقيقة ولا مجاز عن الابن لعدم الملازمة بينهما. وقوله: **(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن)** ظاهر إلى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوّة ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض. وتقرير الجواب الإعتاق أيضاً إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدمياً مكلفاً غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق. وقوله: **(ولهذا)** أي ولكون العتق محتمل لفظه **(يصلح لفظه العتق والتحرير كناية عن طلاق فكذا عكسه)** لأن مبنى المجاز على المناسبة والشي لا يناسب شيئاً إلا الشي الآخر يناسبه، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعي لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية **(ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه)** لأنه لا مناسبة بينهما تجوّز الاستعارة لأن الإعتاق لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير: إذا قوي رطار

قوله: **(والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات)** أقول: بعد ما تبين بالدليل الذي نقله من الشافعية أن الإعتاق إسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا الكون الأول أقوى.

besturdubooks.wordpress.com

حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعلق فيه بالشرط، أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً، ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه. ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات والقوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر، ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه **(وإذا قال لعبده أنت مثل الحر**

غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعاً ثبوت ذلك المسمى الشرعي، كما لو قال: اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان. وإنما قلنا: إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه، والأول منتف، وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعاً عاماً، وهذا ما يقال: المجاز موضوع وضعاً نوعياً، وحقيقة الحاصل معنى قوله: كل لفظ بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره. والثابت عنه في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز به مشبهاً والمتجوز عنه مشبهاً به، وقولهم: يشترط كونه وصفاً مختصاً مرادهم كونه ظاهراً في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركاً فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه، فللأول لا يجوز بأسد للأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما، وللثاني وجب أو لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة. إذا عرف هذا فنقول: الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التي فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله. والأصل في إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضى لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم، لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت، ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكاً، أما عقلاً فظاهر، وشرعاً لم يثبت بل إنما يثبت شرعاً دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هي السبب الشرعي، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب، ولا مناسبة بين إزالة المانع في محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز، وهي أن تكون مختصة بالمتجوز عنه: أي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا، فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الأكثر إسقاطاً وأشهر به فلذا جاز

عن وكره: وفي الشرع أيضاً كذلك لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر. والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوّة الانطلاق، وكذلك في الشرع لأن المنكوحة لم تزل مالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوّة وليس بين إثبات القوّة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة، ولا خفاء أن الأوّل أقوى والأدنى لا يصلح أن يكون مستعاراً للأعلى على ما نذكر، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً، وكل ما كان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك اليمين إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما دون حقيقته لا عما هو فوقه، وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفاً مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر، وأنت ترى

besturdubooks.wordpress.com

لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية **(ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة **(ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق)** لأنه تشبيه بحذف حرفه **(ولو قال رأسك رأس حر عتق)** لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن.

التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب، بخلاف قلبه فإنه المسبب في السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة، وما قيل: ليس سبباً أيضاً بدليل أن الأمومة لو كانت متزوّجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوماً قبلها، ألا يرى أن البول بعد الريح لا يوجب حدثاً ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثاً يمكن أن يقال: أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة، فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به نية كقوله: تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو هبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك، فهذه كنايات لا يحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها. ومنها ما يقع بالنية كما تقدم. ومنها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته. والتحقيق في مثل الأول أن يقال: إنه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث إن ما سوى العتق انتفت إرادته فتعين فألحق بالصريح، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي، وهذا بناء على أن الصريح يخص الوضعي وإلا فيجعلان صريحاً، وبه قال جماعة، وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا قوله: **(ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق)** لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد: هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول، وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وأما كونه إثباتاً مؤكداً فلو ردوه بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد قوله: **(ولو قال رأسك حرّ لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه)** وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال: رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية، لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال: رأسك حرّ عتق إذا نواه. وفي نوادر هشام قال أبو يوسف: لو خاط مملوكه ثوباً فقال: هذه خياطة حر لا يعتق. وفي الهاروني: لو رآها تمشي فقال: هذه مشية حرّ أو تتكلم فقال: هذه كلام حرّ لم تعتق، إلا أن يقول: أردت العتق وهذا قول أبي يوسف. قال الحسن بن زياد من قول نفسه: يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال: حسبك حرّ أو أصلك حرّ وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق، وكذا لو قال: أبواك حرّان. وفي نوادر المعلي قال أبو يوسف: لو قال: فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال: استك حر كان حراً، وكذا ذكرها حر وتقدم.

إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فتدعي الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس. وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه، والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات والطلاق رفع فأنى يتناسبان، وفي الثاني تسليم أن كلاً منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة. وقوله: **(وإذا قال لعبده أنت مثل الحرّ)** إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق. وذكر في المبسوط لم يعتق إلا بالنية، وفي تعليله إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك. وقوله: **(عرفاً)** يجوز أن يراد به العرف العام، فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلاً إلا إذا كان عمرو مشهوراً بصفة كعلم أو خط أو جود أو غيرها، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة. وقوله: **(ولو قال ما أنت إلا حرّ إلخ)** ظاهر.

besturdubooks.wordpress.com

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول ﷺ، وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم

فصل

أعقب العتق الاختياري بالاضطراري قوله: (هذا اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ) «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»[1] وضعفه البيهقي والنسائي بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححة عبد الحق وقال: ضمرة ثقة،

فصل

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختياري الذي هو الأصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كإرث قريبه. وخروج عبد الحربيّ إلينا مسلماً وولد الأمة من مولاها، والرحم في الأصل وعاء الولد في بطن أمه، ثم سميت القرابة، وصلة من جهة الولاد رحماً، ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً

فصل ومن ملك ذا رحم محرم

قوله: (وولد الأمة من مولاها) أقول: فيه شيء، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى قوله: (والرحم في الأصل وعاء الولد، إلى قوله: ومنه ذو الرحم) أقول: فيه شيء قوله: (أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول: المراد عدم صحة كونه دليلاً لا نفي صحة الحديث.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٤٩ والترمذي ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٤ والحاكم ٢/ ٢١٤ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ والطحاوي ٣/ ١٠٩ وأحمد ٥/ ١٥ ـ ٢٠ والطيالسي ٩١٠ كلهم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً ومداره على حماد وأخرجه الترمذي بإثر حديث ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٥ وابن الجارود ٩٧٢ والطحاوي ٣/ ١٠٩ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ كلهم من حديث ابن عمر ومداره على ضَمْرة بن ربيعة.

قال الترمذي: حديث ضمرة خطأ عند أهل الحديث ولم يتابع عليه.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، وسكت الذهبي مع أن ضمرة بن ربيعة ليس من رجال البخاري ولا مسلم، ثم إن الحديث تكلم فيه غير واحد.

وقد وهم الألباني فصحيح هذا الحديث في الإرواء ١٧٤٦ مع أنه لم يذكره إلا من طريق ضمرة وحماد بن سلمة، ولعله اغتر بتصحيح الحاكم إياه. والصواب أنه لا يرتقي عن درجة الحسن أبداً وقد أجاد البيهقي في تبيين علة هذا الحديث، فنقل عن أبي داود قوله: لم يحدث بهذا الحديث عن قتادة إلا حماد، وقد شك فيه. قال وبلغني عن الترمذي: سألت البخاري عن حديث حماد عن سمرة فلم يعرفه إلا من طريق حماد.

قال البيهقي: وحماد يشك فيه، وقد رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة وعن عمر موقوفاً، وعن قتادة عن الحسن موقوفاً.

وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٢ ما ملخصه: حديث الحسن عن سمرة.

قال أبو داود والترمذي: لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلاً وشعبة أحفظ من حماد وقال علي المديني: هو حديث منكر.

وقال البخاري: لا يصح.

وأما حديث ضمرة عن ابن عمر فقال عنه النسائي: منكر.

وقال الترمذي: لم يتابع ضمرة عليه، وهو خطأ. وقال البيهقي: وهم ضمرة، والمحفوظ بهذا الإسناد النهي عن بيع الولاء وهبته. وصححه ابن حزم وعبد الحق وابن القطان. اهـ.

قلت: أما تصحيح عبد الحق فهو يفهم من قوله: تفرد به ضمرة عن الثوري وضمرة ثقة والحديث صحيح إذا أسنده ثقة ولا يضره انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه اهـ. ووافقه ابن القطان على كلامه كما نقل الزيلعي ٣/ ٢٧٩ ولم يصححاه بناء على طرق أخرى ونحو ذلك وكلام عبد الحق يكون سديداً إذا لم يحكم أئمة هذا الشأن على علة للحديث اطلعوا عليها، وهذا الحديث رواه أبو داود، وقال: لم يحدث به إلا حماد، وقد شك فيه، ثم أسنده أبو داود ٣٩٥٠ عن قتادة عن عمر موقوفاً.

وقال الترمذي: وهم ضمرة فيه، وهو خطأ عند أهل الحديث.

وهذا من الترمذي أنه لم يتخرص هذا الكلام من تلقاء نفسه بل هو كلام كثيره أيضاً.

besturdubooks.wordpress.com

منه فهو حر» واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره. له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد

وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه، وصوب ابن القطان كلامه، وممن وثق ضمرة بن معين وغيره وإن لم يحتج به في الصحيح. وأما الحديث الثاني وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»[١] فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ. قال أبو داود وغيره: انفرد به عن الحسن عن سمرة، قال: وقد شك فيه، فإن موسى بن إسماعيل قال: في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد، وقد رواه شعبة مرسلاً عن الحسن عن النبي ﷺ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى. وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره. ورواه الطحاوي من حديث الأسود عن عمر موقوفاً[٢]، وروى من حديث ابن عمر موقوفاً وعائشة وعلي بأسانيد ضعيفة[٣]. وروى الطحاوي بإسناده إلى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلاً زوّج ابن أخيه مملوكته فولدت أولاداً فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال: إن عمي زوّجني وليدته وأنها ولدت لي أولاداً فأراد أن يسترق ولدي، فقال ابن مسعود: كذب ليس له ذلك[٤]. وفي المبسوط أن ابن عباس قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ وقال: يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته، وإني أريد أن أعتقه،

والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، وهذا اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر» رواه الخمسة إلا النسائي، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، فإن قيل الضمير في مثله يعود إلى من كما في قوله ﷺ «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» وأمثاله فلا يكون حجة. أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله «من ملك» ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حريته إذ المملوك لا يملك شيئاً فقوله فهو حرّ لو عاد إليه كان تكراراً غيره مفيد، فإن قيل: صح عن رسول الله ﷺ أنه قال «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه. أجيب بأن دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض، ومحمله أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر كما

= وقال البخاري: لا يصح.

وقال النسائي: هذا حديث منكر.

وقال علي المديني شيخ البخاري: هو حديث منكر.

وقال البيهقي: هو وهم.

وقال المنذري في مختصر أبي داود: ضمرة وثقهُ يحيى وغيره، ولم يخرجا له في الصحيح كما قال البيهقي، وقد حصل له في هذا الحديث وهم والله أعلم.

قلت: وحديث حماد له ثلاث علل لا أدري كيف غفل الألباني عنها. فالأولى منها أن حماد تغير بآخره كما في التقريب ١/١٩٧ وقد خطأه العلماء فيه، ثم إنه شك فيه أيضاً.

والثانية: أنه من رواية الحسن عن سمرة، وقد اختلف العلماء هل سمع منه أم لا.

الثالثة: رواه الحسن عنه عنعنة والحسن مدلس، وقتادة مدلس.

وله علة رابعة: وهي أن شعبة، وسعيد بن أبي عروبة كل واحد منها أثبت من حماد لو لم يشك فيه، وقد رواه، فلم يسنداه أما سعيد، فرواه موقوفاً على عمر كما تقدم.

وأما شعبه فرواه مرسلاً عن الحسن إلى النبي ﷺ ومرسلات الحسن واهية اهـ. والله تعالى أعلم، ومع ذلك فالحديث حسن.

(١) تقدم في هذا الذي قبله مستوفياً، وهو حسن مع شاهده.

(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي ٣/ ١١٠ بسند جيد عن الأسود عن عمر موقوفاً ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ١٠/ ٢٨٩، ٢٩٠.

(٣) ذكره هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٠.

(٤) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١١٠ من رواية المستورد عن ابن مسعود ورجاله ثقات.

besturdubooks.wordpress.com

فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه. ولنا ما روينا، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه، وهذا هو المؤثر في الأصل، والولاد ملغى لأنها هي التي

فقال ﷺ فإن الله قد أعتقه»[1] قوله: (والشافعي إلخ) وبقولنا قال أحمد، وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قول أكثر العلماء. وفي الغاية روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة، وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكيم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن بن حيّ والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية. وقال مالك: يعتق في قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير. وفي المبسوط قال داود الظاهري: إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعتاق لظاهر قوله ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[2] ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة، ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه. ولنا قوله تعالى **﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾** [مريم: ٩٢] **﴿إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبداً. لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فرداً﴾** [مريم: ٩٥] ثبت به أن الابنية تنافي العبدية، فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لاستعقاب البينونة قوله: **(له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك)** في الولاد **(ينفيه القياس)** على غير القريب من العبيد وعلى سائر الأملاك إذ لا تخرج عن ملك مالكها من رضا واختيار **(أولا يقتضيه)** القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق: أي إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال: أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات، فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات. ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم، وهو بالثاني أشبه حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية، وأما الثاني فلأنا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع الكتاب فكذا في هذا الحكم قوله: **(ولنا ما روينا)** فيضمحل معه جميع المعاني المعينة، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره **(ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه)** كما في الولاد **(وهذا)** أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية **(هو**

يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له. قوله: **(والشافعي يخالفنا في غيره)** أي في غير الولاد؛ واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس، وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال: أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه، وههنا

قوله: **(وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس)** أقول: ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل مالا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال: أي بالقياس.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٢٩ ـ ١٣٠ والبيهقي ١٠/ ٢٩٠ كلاهما من طريق العزرمي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس بهذا السياق.
قال الدارقطني: العزرمي تركه ابن المبارك والقطان وابن مهدي.
وأما الكلبي فهو القائل: كلما حدثت عن أبي صالح فهو كذب.
وذكر البيهقي كلام الدارقطني وزاد: وروي من وجه آخر عن ابن عباس بنحوه وفيه حفص بن أبي داود ضعفه شعبة ويحيى وأحمد وغيرهم اهـ.
وكذا في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو صدوق إلا أنه سيء الحفظ كما في التقريب.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٠ وأبو داود ٥١٣٧ والترمذي ١٩٠٦ وابن ماجه ٣٦٥٩ والبخاري في الأدب المفرد ١٠ وابن حبان ٤٢٤ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٩ والبغوي ٢٤٢٥ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٣٩ والطيالسي ٢٤٠٥ وأحمد ٢/ ٢٣٠ ـ ٣٧٦، ٤٤٥ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

besturdubooks.wordpress.com

يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار

المؤثر في الأصل) وهو قرابة الولاد: يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى، ولو سلم فغاية ما صنع أنه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعدية إلى ما لم يتعدّ إليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لأنها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين، فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضاً يدل على تعيينه وهو ما روينا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف، وهذا يفيد إلغاء ما عنه، وقول المصنف: **(حتى وجبت النفقة)** إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** [البقرة: ٢٣٣] ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع[١]، وهو غير قادح لأن الراوي قد يصل وكثيراً ما يرسل، ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى، ولو كان مرسلاً كان من المرسل المقبول، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته. وأما على قول الشافعي: فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم، فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم، فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهية ولا أثر له، ولو كان صحيحاً عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع قوله: **(والافتراض[١] عند القدرة)** جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال: عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل، والافتراض إنما يثبت عند القدرة، وإنما هي قائمة بالحرّ والمكاتب عبد لا يقدر على الإعتاق، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته،

ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه. ولنا ما روينا وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية، وكل من فعل ذلك عتق عليه، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرّم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لأنها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح. أما حرمة النكاح فبالإجماع، وأما وجوب النفقة فمذهبنا، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** كان ثابتاً البتة فاستدل به. ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً، وإجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لا محالة، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً، وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح. فإن قيل: هذه القرابة إن أوجبت العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضاً. أجيب بأن علة النفقة ليست القرابة المجردة في الأخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى **﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾** واختلاف الدين يمنع الإرث فكذا ما يبنى عليه، وإنما قال أو كافراً في دار الإسلام لأن الحربي لو ملك في دار الحرب ذا

قوله: **(حتى وجبت النفقة وحرم النكاح إلخ)** أقول: يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح قوله: **(فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى إلخ)** أقول: محل تأمل. ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل: وعلى الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم.

---

(١) مراده حديث ضمرة وحماد: من ملك ذا رحم... تقدم مستوفياً قبل عدة أحاديث، وينبغي أن يكون حسناً لكونه من طريقين.

(٢) قوله **(قوله والافتراض الخ)** كذا في عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ. مصححه.

besturdubooks.wordpress.com

الإسلام لعموم العلة. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق

بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه، على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما: فلنا أن نمنع. والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه، وهذا المانع منتف في غير الولاد قوله: **(ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام)** وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الإسلام لأنه لا حكم لنا في دار الحرب، فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافاً لأبي يوسف. وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح. وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافاً. أما إذا أعتقه وخلاه قال في المختلف: يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له وقال لا ولاء له، لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه في دار الحرب ولا تجري عليه أحكام الإسلام. وفي الاستحسان: يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين، ولا ولاء له عندهما وهو القياس. وقال أبو يوسف: له الولاء وهو الاستحسان، وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب، وهنا نص على أنه داخل هناك بعدأن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام، وهذا بخلاف استحقاق

رحم محرم منه لم يعتق، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك. فإن قيل: عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبي والمجنون إذا أعتقا لم ينفذ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق. فالجواب أن الأصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضاً لأن الوقوع بالملك إنما هو بإلزام الشرع لعدم التصرف منه، وما لزم بإلزامه يلزم بالالتزام أيضاً بالاستقراء، إلا أنا تركنا هذا الأصل في حق الصبي والمجنون بالمانع، وهو أن الإعتاق تصرف ضارّ من كل وجه، وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه، وكذا إذا أعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عليه. قال في النهاية: وبهذا يعلم أن قوله في دار الإسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكره قبله من قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً لا ينحصر تعلقه بقوله أو كافراً. وقوله: **(والمكاتب إذا اشترى أخاه)** جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولادة. وتقريره: لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه، بل قد روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً. ولئن سلمنا فإنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وإنما ألحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق لا يعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة. فإن قيل: لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد. أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقاً لمقصود العقد، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه. وقوله: **(وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه)** جواب نقض إجمالي. تقريره: لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك. وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمية

قوله: **(لأن المكاتب ليس له ملك تام إلخ)** أقول: فيه بحث، فإن للمكاتب أن يكاتب كما سيجيء في كتاب المكاتب، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة **(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق)** لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين **(وعتق المكره والسكران واقع)** لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل **(وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق)** أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه

النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص، فلم تجب مع اختلاف الدين قوله: **(وعتق المكره والسكران واقع)** في المكره خلاف الأئمة الثلاثة، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه، ولذا جاز عتق الهازل. وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق قوله: **(أما الإضافة إلى الملك)** كما يقول: إن ملكتك أو ملكت عبداً ونحوه فهو حرّ **(ففيه خلاف الشافعي)** أي وحده، فإن مالكاً يوافقنا فيه وكذا عن أحمد. وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق. وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك قوله: **(فيجري فيه التعليق)** لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله، إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط؛ فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله، والخلاف مبني على انعقاد المعلق سبباً في الحال عنده، وعندنا عند وجود الشرط قوله: **(وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق)** سواء خرج سيده بعد ذلك مسلماً أو لا. وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة. وقال الأوزاعي: إذا خرج سيده مسلماً يرد إليه. وعند الظاهرية: إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج. وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك[1]. ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله ﷺ من خرج إليه مسلماً من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر[2]. وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾** [النساء: ٤١] ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلاً لنا، وفي الجواب ما لا يخفى قوله: **(لقوله ﷺ في عبيد الطائف)** أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن عليّ رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال: خرج عِبْدان بكسر العين إلى النبي ﷺ يوم الحديبية قبل الصلح، فقال مواليهم: يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً من الرق، فقال ناس: صدقوا يا رسول الله ردّهم إليهم، فغضب رسول الله ﷺ

محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاع هو المؤثر، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لأنه كان معلوماً من أصل دليله حيث قال: ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك، والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذلك المجنون، فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما لأن العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة. قال: **(ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى)** ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافاً إلى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه، ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الأخيرين يعني الشيطان والصنم. وقوله: **(وعتق المكره)** واضح وقد تقدم في الطلاق **(وإن أضاف العتق إلى ملك)** بأن يقول لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حرّ **(صح كما في الطلاق)** وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فكذلك. أما الإضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه، وأما التعليق بالشرط فلأن الإعتاق إسقاط والإسقاط **(يجري فيه التعليق)** بالإتفاق بخلاف التمليكات.

---

(١) راجع خبر إسلام سلمان في سيرة ابن هشام ١/ ٢٢١ . ٢٢٧ وكذا في مستدرك الحاكم ٣/ ٥٩٨ . ٦٠٤ حيث ذكرا قصة إسلامه، وهي قصة غريبة عجيبة، وفيها زيادات لا تثبت إلا أن أصل القصة مشهور، وفيه عبرة كثيرة.

(٢) هو الآتي بعد حديث واحد.

besturdubooks.wordpress.com

(وإذا خرج عبد الحربيّ إلينا مسلماً عتق) لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله تعالى»

وقال: «ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا، وأبى أن يردهم إليهم وقال: هم عتقاء الله سبحانه»[1] قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله ﷺ عدّهم واحداً واحداً أبو بكرة ووردان والمنبعث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق، كل هؤلاء أعتقهم ﷺ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردّوا إلى الرق، فقال ﷺ «أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم»[2] وأخرج عبد الرزاق: حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان، حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي كبرة «أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ، فهم الذين يقال لهم العتقاء». وفي مراسيل أبي داود: «فلما أسلم مواليهم ردّ النبي ﷺ الولاء إليهم» وفيه مجهول. وأخرجه البيهقي مرسلاً وقال «ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا: يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال: لا، أولئك

والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافاً له. وقد عرف في الأصول **(وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلماً عتق لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله»)** روى ابن عباس رضي الله عنهما: أن عبدين من الطائف خرجا فأسلما فأعتقهما النبي ﷺ **(ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء)** وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها. وقوله: **(وإن أعتق**

---

(1) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢٧٠٠ والترمذي ٣٧١٥ والحاكم ٢/ ١٢٥ كلهم من طريق منصور بن معتمر عن ربعي بن جراش عن علي مرفوعاً، واللفظ لأبي داود، والحاكم، وصححه الحاكم على شرط مسلم مع أن ابن إسحق مدلس وقد عنعنه، وشيخه أبان بن صالح القرشي فيه كلام، وإن وُثّق.

وفي الحديث غرابة لأن المشركين اشترطوا على رسول الله ﷺ أن يرد من جاءه من مكة، وقد ردّ غير واحد، وقصة أبي جندل، وأصحابه معروفة، وخبر الطائف الآتي أشهر وأقرب من كون ذلك كان في الحديبية.

وأما الترمذي فذكر في متنه زيادة منكرة جداً، وهي أنه ﷺ قال يا معشر قريش لتنتهُنّ، أو ليبعثنّ الله عليكم من يضرب رقابكم بالسيف على الدين قالوا: من هو؟ وقال أبو بكر: من هو؟ وقال عمر: من هو؟ قال: هو خاصف النعل، وكان قد أعطى علياً نعله يخصفها.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث ربعي عن علي، وسمعت الجارود يقول: سمعت وكيعاً يقول: لم يكذب ابن جراش في الإسلام كذبة، وقال ابن مهدي: منصور بن المعتمر أثبت أهل الكوفة اهـ.

ولقد ظننت ما ذكره الترمذي صواباً إلا أني استنكرت المتن عنده لأن علياً كان يكتب عقد الصلح آنذاك، ولم يكن يخصف النعل، ثم إن القصة في الصحيحين وافقهم رسول الله ﷺ على حذف كلمة ـ رسول الله ـ من نصب الوثيقة، ووافقهم في رد من جاءه مسلماً من مكة، وقد أبى عليٌّ أن يحكَّ ـ كلمة ـ رسول الله ـ فحكها النبي ﷺ. فكيف ههنا يهددهم ويتوعدهم فهذا غريب.

ونظرت في الإسناد، فرأيتهم ثقات معروفون. وكيع ثقة، وإن كان يميل إلى التشيع، وشريك ثقة، ومن فوقه منصور وابن جراش ثقات.

ولم يبق إلا سفيان بن وكيع شيخ الترمذي، فالحمل عليه في هذا الحديث، وليس من قبله، وإنما من قبل ورّاقة كما سيأتي.

قال في التقريب عنه: كان صدوقاً إلا أنه ابتلى بورّاقة، فأدخل عليه ما ليس من حديثه، فنُصح فلم يقبل، فسقط حديثه اهـ. فرحم الله الإمام الترمذي، ولكل جواد كبوة.

الخلاصة: حديث الترمذي لا شيء أما حديث أبي داود والحاكم، فهو غير قوي لأن ابن إسحق لم يصرح بالتحديث، وهو مدلس، وشيخه أبان ابن صالح القرشي فيه كلام، والمتن فيه غرابة، فهو حسن غريب والله أعلم.

(2) حسن لشواهده. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨١ ونسبه للواقدي في مغازيه، والواقدي ضعيف عند أهل الحديث لكن أخرجه ابن هشام في السيرة ٤/ ٨٦ باب عتقاء ثقيف عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أتهم عن عبد الله بن مكدم عن رجال من ثقيف قالوا... فذكر نحوه.

ورواه البيهقي ٩/ ٢٢٩ من طريق ابن إسحق.

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٢٨١ في باب الجهاد، وكذا أبو داود في مراسيله، وأعله ابن القطان بأن عبد ربه بن الحكم لا يعرف حاله لكن يتقوى بشواهده.

besturdubooks.wordpress.com

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء **(وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها)** إذ هو متصل بها **(ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها)** لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم

عتقاء الله ورثة إلى كل رجل ولاء عبده»[1] قوله: **(ابتداء)** احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه قوله: **(عتق حملها)** بإجماع الأربعة، ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافاً لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين، وقولهم: مروي عن ابن عمر وأبي هريرة. وقال أبو يوسف: إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في حق الأحكام حتى تنقضي به العدة. ولو مات وهو في هذه الحالة ورث، بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر قوله: **(ثم إعتاق الحمل صحيح)** عند الجمهور خلافاً للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعاً له، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها. والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصداً فكذا حكماً بخلاف الهبة قوله: **(لما فيه[2] من قلب الموضوع)** وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس، وقد يقال: هذا إنما يرد نقضاً لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه. وليس كذلك لأنه يعلق حراً فلا يرد نقضاً أصلاً ليحتاج إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس، وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه قوله: **(والقدرة عليه)** أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه قوله: **(على ما مر في الخلع)** الحوالة غير رائجة فإنه لم يذكره في هذا الكتاب، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له المعوّض كما في البيع والإجارة، بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لأن ذلك كان ثابتاً لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه، وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل، فلذا لو قال للأمة: أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل

حاملاً) ظاهر. واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة. وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة، واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجيء. وقوله: **(واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز)** قيل عليه سلمنا ذلك، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد كما مر في خلع الصغير حيث قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد. وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط، وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة علي وكان ذكر المال ههنا

قوله: **(فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها)** أقول: الكلام في عتقهم بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل قوله: **(واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة)** أقول: الأنسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف: **(ولو أعتق الحمل على مال صح)** أقول: قال في الكافي: ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اهـ. وفيه بحث.

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في سننه ٩/٢٢٩ من طريق ابن إسحق عن عبد الله بن مكدم الثقفي.
وقال البيهقي: هذا منقطع وكرره في ١٠/٣٠٨ وأعله بالانقطاع
قلت: وتقدم أن للحديث شواهد كثيرة لكن الزيادة: ورد على كل رجل ولاءه. فهذه غريبة.
وأما أصل الحديث، فله شواهد أسندها البيهقي ٩/٢٢٩ من عدة طرق عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ أعتق من خرج إليه من أهل الطائف. وإن كان في إسناده حجاج بن أرطاة إلا أنه اكتسب قوة بمجموع هذه الطرق، وتعدد مخارجها.

(٢) قوله: (قوله لما فيه الخ) مؤخر عن محله كتبه مصححه.

bestudbooks.wordpress.com

يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا **(ولو أعتق الحمل على مال)** صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه، لأنه أدنى مدة الحمل. قال: **(وولد الأمة من مولاها حرّ)** لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه، هذا هو الأصل، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها **(وولدها من زوجها مملوك لسيدها)** لترجح

من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لأنه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها قوله: **(لأقل من ستة أشهر منه)** أي من وقت العتق، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعداً منه لا يعتق إلا أن يكون حملها توءمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوماً بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه، وعلى هذا فرّع ما لو قال: ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حرّ لأنه حرّ، وإن لم يكن تكون لعصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث، وإن ضرب لستة أشهر لا شيء عليه لأنه عبده كذا ذكر قوله: **(فيعتق عليه)** التحقيق أنه يعلق حرّاً إلا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً. وفي المبسوط: الولد يعلق حراً من الماءين لأن ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين، بخلاف الرجل، ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الأب، ويثبت النسبة منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض، أو لاستهلاك مائه بمائها لأنه في موضعه ويزداد قوة منها لأمته، أو ترجح بالحضانة والتربية أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوّجها مع العلم برقها وفي هذا إجماع، حتى لو كان الزوج هاشمياً كان ولده هاشمياً مرقوقاً، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا: يعلق حراً في حقه فتجب

وصفاً للإعتاق، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغير، وفيه نظر لأنه يقتضي أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف، ولا بد فيه من رواية، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه. والأولى أن يقال: لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للإعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صوناً لكلامه عن الإلغاء. وقوله: **(على ما مر من الخلع)** قال في النهاية: هذه حوالة غير رائجة، ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير، فإن في شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال، فكما جاز عليها جاز على الأجنبي، والإعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله، وكان في مقابلة شيء يحصل له، والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري. وقوله: **(وإنما يعرف قيام الحبل)** واضح لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك. وقوله: **(منه)** أي من وقت العتق. قال: **(وولد الأمة من مولاها حرّ لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل)** يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء **(ولا معارض له فيه)**

قال المصنف: **(فيعتق عليه)** أقول قال ابن الهمام: الولد يعلق حراً فإنه يجب القطع بأن إبراهيم ابن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً لا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة. وفي المبسوط: الولد يعلق حراً من الماءين اهـ. ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف: **(هذا هو الأصل)** أقول: أي كون الولد مخلوقاً من ماء الوالد بأن يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وإن كان يقع خلافه قليلاً كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائة بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضي به **(وولد الحرة حرّ على كل حال)** لأن جانبها راجع فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة، والله تعالى أعلم.

قيمته قوله: **(كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية)** أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما، فالرقّ هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته، وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه. والملك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه، فأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام، فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان، وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق، وبالعتق يزول كل منهما، لكن زوال الملك قصداً ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فتبين بهما أنه يتبع الأم في الخاص والعام، ولذا إذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الإنسي مع الحمار الوحشي يؤكل، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به، ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن. ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل. والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حرّ. وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته.

والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد، وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين ديناً، والله سبحانه أعلم.

أي في الولد لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له، بخلاف أمة الغير لأن ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين. ويرجح جانب الأم بأمور: منها الحضانة، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها. ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه. ومنها تيقن كونه مخلوقاً من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكماً من جانبه حكماً فقط والأول أرجح لا محالة. ومنها أن الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حساً وشرعاً، أما حساً فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها، وأما شرعاً فلأنه يعتق بعتقها وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه. وقوله: **(والمنافاة متحققة)** جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره: التعارض موجود لأن المنافاة متحققة، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكاً لسيدها، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكاً لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى: أيّ جانب اعتبر. وقوله: **(والزوج قد رضي به)** جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاها يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعاً. وتقريره: الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوّج الأمة عالماً بأن الولد يرق به، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقاً بتزوّج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته. وقوله: **(بخلاف ولد المغرور)** ظاهر **(وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح)** على ما ذكرنا **(فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وإنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه، فعلى هذا يكون قوله: (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك)** والله تعالى أعلم.

قوله: **(وفيه نظر لأن حق الحضانة إلخ)** أقول: قال المحشي الشهير بيعقوب باشا: أجيب بأن حق الحضانة حق ثابت للأم سواء قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحاً لجانب الأم والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اهـ. وفيه شيء قوله: **(جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض إلخ)** أقول: لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر قوله: **(وفيه نظر لأن العمل بكون الولد رقيقاً بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته)** أقول: ولا يخفى عليك أنه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته.

besturdubooks.wordpress.com

باب العبد يعتق بعضه

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا:

باب العبد يعتق بعضه

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض، وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمسّ منها إلى ما يندر وجوده، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله قوله: **(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة)** وتعتبر قيمته في الحال، والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة. ذكره في جوامع الفقه، وسيجيء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا كان له عمل معروف، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبراً، وظاهر أن هذا إذا عين مقداراً كربعك حر ونحوه، فلو قال: بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان، ولو قال: سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه، وقوله: عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف، وقالا: يعتق كله فإنه عن زوال الرق: أي وقالا يزول الرق عنه كله. ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي: يعني فيما إذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق موسر، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الإعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض. والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه، فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو إزالته، ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال: اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الإعتاق، بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أوّلاً بالذات، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعاً كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزىء، وهذا لضرورة أن العتق قوّة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه، ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع بعدم تجزيه والملك متجزىء قطعاً، فلزم ما قلنا: من زوال الملك عن البعض، وتوقف زوال الرق على زوال

باب العبد يعتق بعضه

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم **(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا: يعتق كله. وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي)** يعني إذا كان المعتق واحداً أو موسراً إن كان العبد مشتركاً، وأما إذا كان معسراً فملك الساكت باقٍ كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجيء، وكل ما لا يتجزأ **(فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله)** قال صاحب الميزان: المعنى من قولنا الإعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف. وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا؟ عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقاً ولكن زال الملك بقدره.

باب العبد يعتق بعضه

قوله: **(أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه إلخ)** أقول: أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثواباً أو لأنه أكثر وقوعاً

besturdubooks.wordpress.com

(يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله. لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوّة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرقّ حق الشرع أو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره. والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراء ضرورة عدم التجزي. والملك متجزىء كما في بيع والهبة فيبقى على

الملك عن الباقي، وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أوّلاً زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع، والوجه منتهض لأبي حنيفة، أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك، أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أوّلاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً إذا زال لا إلى مالك، وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقاً وإلا لكان البيع والهبة إعتاقاً، فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك، لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان. وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[1]

وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل **(لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق)** لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق، فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق، لأنه إذا تجزأ فإما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه، وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزي العتق **(فصار)** الإعتاق **(كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد)** في عدم التجزي. فإن قلت: قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا إثباتاً للعتق. قلت: يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم إن الإعتاق إلخ **(ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك)** وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف **(أو هو)** أي الإعتاق **(إزالة الملك)** لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزي **(لأن الملك حقه)** أي حق المعتق **(والرق حق الشرع)** لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً لله جازاه الله فصيره عبد عبده أو حق العامة لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه **(وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره)** وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب، وتقريره الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك والملك متجز فالإعتاق كذلك، وإنما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتاق تصرف، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالإعتاق لا يتعدى ولاية

قوله: **(حتى جاز له أن يبيع ويهب)** أقول: يعني عبده قوله: **(أو يثبت بعضه)** أقول: أي بعض العتق قوله: **(أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف إلخ (أقول: قوله وهو راجع إلى الملك)** قال المصنف: **(وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف إلخ)** أقول: أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل إلخ فحكم التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف قوله: **(لأن الإعتاق تصرف إلى آخر قوله: فولايته إنما تكون على الملك)** أقول: فيكون الإعتاق هنا مجازاً في الإزالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد إثبات العتق ولا يقدر عليه.

---

(1) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٣ و ٢٥٢٢ و ٢٥٢٤ ومسلم ١٥٠١ وأبو داود ٣٩٤٠ و ٣٩٤١ والترمذي ١٣٤٦ والنسائي ٧/ ٣١٩ وابن ماجه ٢٥٢٨ وابن الجارود ٩٧٠ وابن حبان ٣٤١٦ ومالك ٢/ ٧٧٢ والشافعي ٢/ ٦٦ وأحمد ٢/ ٢ ـ ١٥ ـ ١١٢ ـ ١٤٢ ـ ١٥٦ والبغوي ٢٤٢١ والبيهقي ١٠/ ٢٧٥ من عدة طرق كلهم من حديث ابن عمر.

قال أيوب في روايته عن نافع ولفظ: وإلا فقد عتق منه ما عتق. لا أدري أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث.

قال ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٤: وقد وافق أيوب على الشك في هذه الزيادة يحيى بن سعيد أخرجه مسلم والنسائي، وهي في حديث مالك، ولم يشك مالك في وصلها، وقد رجح الشافعي وغيره إثبات هذه الزيادة في المرفوع حيث قال: لا أحسب عالماً بالحديث يشك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب لأنه كان ألزم له.

besturdubooks.wordpress.com

الأصل، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله، وبقاء الملك في بعضه يمنعه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً إذ هو مالك يد إلا رقبة، والسعاية كبدل الكتابة، فله أن يستسعيه. وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ، وليس في الطلاق

أفاد تصور عتق البعض فقط. وقول أيوب: لا ندري أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه، إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله ﷺ، فلم يوجب في الحديث علة قادحة، وكذا ما رواه البخاري أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شقصاً في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه»[1] أي لا يغلي عليه الثمن، أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر. وأما ما روي لهما من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق» وفي لفظ «فقد عتق كله»[2] فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته، وليس مدعاهما ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا، فقد أفادت الأحاديث

المتصرف، وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك، وأما أن الملك متجز فذلك بالإجماع لكنه تعلق به أمر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزّ تعلق بمتجز وهو الأركان، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهي إرادة الصلاة، هذا تقرير أحد الأمرين. وتقرير الآخر الإعتاق إزالة الملك والملك متجز، فالإعتاق إزالة متجز وإزالة المتجزي متجز، وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل مأخذاً، ثم إذا تجزي الإعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية **(والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده)** أي عند أبي حنيفة لأن الإضافة **(أي إضافة الإعتاق إلى بعض توجب ثبوت المالكية)** للعبد **(في الكل)** باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ **(وبقاء الملك في بعضه يمنعه)** عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزأ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتباً فعلمنا بهما وجعلناه مكاتباً لأن المكاتب مالك يداً ومملوك رقبة كالمستسعي، ويجوز أن يكون معناه إذ هو أي معتق البعض مالك يداً لأجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب، ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما. وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة، فقلنا إنه حرّ يداً مملوكاً رقبة كالمكاتب عملاً بالدليلين، وإذا كان المستسعي كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة **(فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق)** فإن قيل: لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقاً إذا عجز. أجاب بقوله: **(غير أنه إذا عجز لا**

قوله: **(ولا علتها)** أقول: لم يعد الجار جرياً على مذهب الكوفيين قوله: **(وتقرير الآخر الإعتاق إلخ)** أقول: فالإعتاق حينئذ على حقيقته قوله: **(باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ)** أقول: فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده قال المصنف: **(لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله)** أقول: فيه بحث، فإن اللازم كما قرره آنفاً خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه، ويكفي في إثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكاً وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب قوله: **(وهو وقت أداء البدل)** أقول: فيه بحث، والظاهر وهو العجز قوله: **(حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله)** أقول: ولو مات المدبر من ثلث ماله.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٩ و ٢٥٢٧ ومسلم ١٥٠٣ وأبو داود ٣٩٣٨ و ٣٩٣٩ والترمذي ١٣٤٨ وابن ماجه ٢٥٢٧ وابن حبان ٤٣١٨ و ٤٣١٩ وأحمد ٢/ ٢٥٥ . ٤٢٦ . ٤٧٢ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٤ من حديث ابن عمر بدون الزيادة. وهذه الزيادة عند الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٦ من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً وفيه: فعليه عتقه كله. ورواية من طريق عبيد الله وآخره: فعليه عتقه كله.

وقال ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٥: هذه الزيادة وصلها أبو نعيم في مستخرجه على مسلم وآخره: فقد عتق كله.

besturdubooks.wordpress.com

والعفو عن القصاص حالة متوسطة، فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، والاستيلاد متجزىء عنده، حتى لو استولد

أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وإن وردت في العبد المشترك. واستدل أيضاً بدلالة الإجماع وهو أن العتق إذا كان معسراً لا يضمن بالإجماع، ولو كان إعتاق البعض إعتاقاً للكل وإتلافاً له لضمن مطلقاً، كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسراً كان أو معسراً، لكن قد يقال: في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين، وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه الصلاة والسلام: «فقد عتق منه ما عتق»[1] زوال الملك، وكذا يلزم في قول: كل من نقل عنه القول: بتجزيه كالحسن، وهو مروي عن عليّ وعمر، بخلاف ما قيل إن قول عمر قولهما: فقد أسند الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال: كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها، وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيراً، فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أعتقوا أنتم، فإذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم[2] أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزأ زوالاً عند أحد فلزم المطلوب، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك، وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر: أي يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها، وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعاً أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقاً كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قسراً، بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئاً من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئاً ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا

يرد رقيقاً **لأنه إسقاط لا إلى أحد**) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (**بخلاف الكتابة المقصودة**) فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب إقداراً على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ، وفي بعض النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل: يعني بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البدل. وقوله: (**وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة**) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص. ووجهه أنا لم نثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار إليها، وليس في الطلاق والعفو ذلك (**فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، وأما الاستيلاد فهو متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه**) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله. فإن قيل: لو كان الاستيلاد متجزئاً لا طرد في القنة أيضاً. أجاب بأنه إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد

(١) هذه الزيادة تفرد بها مالك وقد شك أيوب هل هي من كلام نافع أو هي في المرفوع، وتقدم قبل قليل عقب حديث ابن عمر ترجيح الشافعي على أنها مرفوعة، ومال إليه ابن حجر لكن الذي رجحه البخاري عقب حديث ٢٥٢٥ عدم هذه الزيادة، وقال: ورواه الليث وابن أبي ذئب وابن إسحق وجويرية ويحيى بن سعيد وإسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر مختصراً.

وأقر ابن حجر في الفتح ٥/ ١٥٥ بذلك فقال: قوله مختصراً يعني بدون زيادة: فقد عتق منه ما عتق اهـ.

فرواية هؤلاء وكلهم أثبات ثقات سوى ابن إسحق فهو ثقة وليس بثبت. أولى من رواية مالك والله أعلم.

(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٨ من طريق النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد بهذا اللفظ، ورجاله ثقات.

besturdubooks.wordpress.com

نصيبه من مدبرة يقتصر عليه. وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما)** نصيبه عتق، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار، إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وإن شاء استسعى العبد، فإن ضمن رجع المعتق على العبد **(والولاء للمعتق، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما، وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار، ولا يرجع**

من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالاً أو إلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح، لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ. وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقاً لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن يتنزل ويدعى أن المتجزيء زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقاً بالأمور المذكورة، فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك: أعني ملك بيعها وهبتها. والجواب أولاً أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور، إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة، ولا نصفها مستولداً ونصفها لا، ولا إسقاط نصف حق القتل، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه، فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص، وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك، بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه، بخلاف زوال ملك الرقبة، وهذا معنى قول المصنف: وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة: أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما، **(فأثبتناه في الكل**[1]**)** أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحاً للمحرم، وهو الحرمة، فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به. وأما الاستيلاد فمتجزيء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله، وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولداً جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة قوله: **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق)** أي زال ملكه عنه **(فإن كان)** المعتق **(موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه)** منجزاً أو مضافاً، وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى، ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء **(وإن شاء ضمن المعتق)** قيمته إذا لم يكن بإذنه، فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له **(وإن شاء استسعى العبد)** فيها **(فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين)** أي في الإعتاق والسعاية **(وهذا)** كله **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** هكذا ذكر في الأصل، وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعي وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء، ولو عجز استسعى، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبراً، ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدراً يتغابن الناس فيه، لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر، وكذا لو صالحه على عوض أكثر، وإن كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز، ولو كان الساكت صبياً والمعتق موسراً فالخيار بين التضمين

ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاد عنده غير متجز قال: **(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق)** وكلامه واضح. ونوقش مناقشة لفظية، وهي أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد. وقوله: **(فالولاء بينهما)** يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعاً وقوله: **(لهما في الثاني)** يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية قوله: **(ﷺ في الرجل يعتق نصيبه «إن كان**

---

(١) هذه القولة ليست بالنسخ التي بأيدينا، مصححه.

besturdubooks.wordpress.com

المعتق على العبد والولاء للمعتق) هذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق وعدمه على ما بيناه،

والسعاية لوليه، والتضمين أولى لأنه أنظر، ولو لم يكن له وليّ انتظر بلوغه ليختار. قيل: هذا في موضع ليس فيه قاضٍ، فإن كان في موضع فيه قاضٍ نصب القاضي له قيماً ليختار التضمين أو الاستسعاء، وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرّع بمال الصبي، وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة، وأما العبد المأذون فالقياس أنه يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب، ولكن قال: سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداءً. وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة، وتقدير القيمة يوم الإعتاق، فلو كان فيه صحيحاً ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحاً، وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان، وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق، فلو كان موسراً وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان، ولو كان معسراً فأيسر لا ضمان. ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه، فإن كان العبد قائماً نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوّم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره، وكذلك إن أراد أن يستسعي العبد، ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول: المعتق كالغاصب لأنه ضامن وينكر الزيادة. ولو اختلفا في اليسار والإعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشىء للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال، فإن كان في الحال موسراً فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى، وإن كان معسراً في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى، وهو كالمستأجر مع ربّ الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال. ولو تصادقا على أن العتق كان سابقاً عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان، وإذا كان موسراً يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إن قضى القاضي له بالضمان أو رضي به المعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك وإلا فله. قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل، وقيل: بل في المسئلة روايتان، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئاً فلورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته، وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة، فإن شاءوا أعتقوا وإن شاءوا استسعوا العبد وإن شاءوا ضمنوا المعتق، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالأداء إلى المورث، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يورث عينه وإنما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء. قال في المبسوط: هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لا يملك بالإرث، فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته، والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداء، ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه، وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض

. . . .

besturdubooks.wordpress.com

والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع. لهما في الثاني قوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه، إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر، قسم والقسمة تنافي الشركة. وله أنه احتبست ماليةُ نصيبه عند

والسعاية في البعض فكذا الورثة، ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باقٍ على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه، فإذا هلك على ملكه فليس له أن يتقرر الضمان على شريكه بعد ذلك، وهذا لأن صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التمليك. وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب، وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلاً للتمليك عند ذلك، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمين لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له.
وفي جامع قاضيخان: لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت، وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان إتلاف، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس قوله: **(وقالا ليس له)** أي الساكت **(إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق)** قال المصنف **(وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق)** عنده **(وعدمه)** عندهما فيسعى وهو حرّ مديون وتقدم بيانه **(والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع)** لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الإعتاق كقوله «فقد عتق منه ما عتق» وحديث «فعليه خلاصه في ماله» وقوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً»[1] في الصحيحين، وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم «من أعتق عبداً بين اثنين، فإن كان موسراً قوّم عليه ثم يعتق»[2] والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليح عن أبيه «أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: ليس

غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر») والقياس فيه أحد الأمرين، إما وجوب الضمان على المعتق موسراً كان أو معسراً لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا

قال المصنف: **(لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام، إلى قوله: تنافي الشركة)** أقول: وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التنجيز وفائدة القسمة في نفي الضمان لو كان فقيراً اهـ. واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً يعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. وأجاب صاحب العناية أيضاً بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط، والمعلق بالشرط يقتضي عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند العدم، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اهـ. وفيه بحث.

---

(١) صحيح. هذا اللفظ لم يروه البخاري بعد بحث وإنما أخرجه الشافعي ٢/ ٦٦ وأبو داود ٣٩٤٧ والطحاوي ٣/ ١٠٦ والبيهقي ١٠/ ٢٧٥ كلهم من حديث سالم عن ابن عمر مرفوعاً بنحوه.
وأخرجه مسلم ١٥٠١ وهو مكرر وبدون تكرار ١٦٦٧ حـ ٥٠ ومن طريق البيهقي ١٠/ ٢٧٥ كلاهما عن سالم عن أبيه مرفوعاً بهذا اللفظ، أي لفظ المصنف ابن الهمام.
قال النووي عقبه: قال العلماء: الوكس الغش والبخس، وأما الشطط، فهو الجور، والمراد يقوّم قيمة عدل لا بنقص ولا بزيادة.
(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢١ بهذا اللفظ من طريق سالم عن أبيه مرفوعاً.
تنبيه: ولعل مراد ابن الهمام في الحديث الذي قبله عندما قال في الصحيحين هذه الرواية مع أن سياق كلامه يدل على إدخال البخاري أيضاً في الحديث المتقدم.

besturdubooks.wordpress.com

العبد فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا فكذا ههنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه، ثم المعتبر يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغني، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من

لله شريك، وأجاز عتقه»[1] رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين «في ماله». وفي لفظ «هو حرّ كله ليس لله شريك» وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق»[2] كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير، ولذا اختار الطحاوي قولهما. ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة. واستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله: (إنه) أي الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسراً كان أو معسراً لما قلنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره. وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسراً لا إذا كان موسراً. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضاً بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح. وأجاب: والتحقيق في إيراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه، فقال: عند اليسار التضمين، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء

يختلف باليسار والإعسار، وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ولا يلزمه الضمان، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره، ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي، رواه نافع عن ابن عمر، ومثله روى عروة عن عائشة. ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافي الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه. وقوله: (إلا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه إذا سعى، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذي ورّطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى. وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد، والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد، بخلاف المرهون فإن سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن. فإن قيل: ما ذكر من وجه أبي حنيفة فإنما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل. أجيب بأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لأنه ﷺ علق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم. فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً. وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أبي حنيفة.

قوله: (ولكنهما تركا القياس إلخ) أقول: ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضاً فليتأمل. وفي الكافي: نعمل بالقياس في الحالين ليكون عملاً بهما قوله: (أجيب بأن النبي ﷺ إلخ) أقول: فيه بحث.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٣٣ والطحاوي ٣/١٠٧ وأحمد ٥/٧٤، ٧٥ من عدة طرق كلهم عن همام عن قتادة عن أبي المليح عن أبيه مرفوعاً. ورجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.
وفي رواية لأحمد: هو حر كله ليس لله شريك.

(٢) صحيح. تقدم قبل خمسة أحاديث.

القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج على قولهما ظاهر، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم

عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب. وقد أجيب أيضاً بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط، وهو إنما يقتضي الوجود عند الوجود، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافي الشركة مطلقاً، بل ذاك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام «وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد» وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة. وفي الكافي: جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيراً، ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً بعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. فإن قيل: فمن أيّ وجه أفادت القسمة نفي الشركة؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهراً في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره. وغاية ما يمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهري، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسراً أو معسراً فلا يجوز تضمين المعتق، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصوراً فنفي القصر وبقي جوازه. ولا يخفى أن في هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه في نفي أصل جوازه، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن. وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرّب إلى الله تعالى بنفس التصرف في المحل، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع في صوم التطوّع خصوصاً وعدم إتمامها يوجب إتعاباً للآخر هو العبد، بخلاف ما إذا لم يكن قادراً فإنه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة. وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الإعسار بناء على أن ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه، إذ لا شك في أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضماناً لأنه ليس جناية على الغير وإن فسدت مالية باقي العبد، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره. فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه. وفي المسئلة قول الثوري والليث: أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية أصلاً، وسبب هذا القول: إعلالهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة[1]. قال النسائي: أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن أبي عروبة، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبي عروبة: يعني في ذكر السعاية، قال: وبلغني أن هماماً روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير «وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه» من قول قتادة. وقال عبد الرحمن بن مهدي: أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إملاء. وقال الدارقطني: سمعت أبا بكر النيسابوري يقول: ما أحسن

وقوله: (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغني وهو ملك النصاب) هذا هو

(١) صحيح. يشير المصنف لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: من أعتق شخصاً من مملوكه، فعليه خلاصة في ماله، فإن لم يكن له مال قُوِّم المملوك قيمة عَدل، ثم استُسْعي غير مشقوق عليه.

أخرجه البخاري ٢٤٩٢ ومسلم ١٦٦٧ ح ٥٤ بهذه الزيادة وهي: ثم استُسْعِيَ غير مشقوق عليه. فكلام ابن الهمام، واختلاف العلماء على هذه اللفظة والراجح ثبوتها، ففي رواية البخاري ومسلم المتقدمة هو من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة، ولم يتفرد سعيد، فقد تابعه جرير في رواية البخاري ٢٥٠٤ وساق إسناد جرير مسلم أيضاً ١٥٠٣.

وقال البخاري عقب حديث ٢٥٢٧ حيث ذكره من طريق سعيد عن قتادة بهذه الزيادة قال البخاري: وتابعه حجاج بن حجاج، وأبان وموسى بن خلف على قتادة اهـ.

وكذا تابعه جرير بن حازم كما تقدم، وحديث أبي هريرة هذا تقدم تخريجه في الحديث الثاني من هذا الباب.

besturdubooks.wordpress.com

السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزي. وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه

ما رواه همام وضبطه فَصَلَ قول النبي ﷺ من قول: قتادة. ورواه ابن أبي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول: النبي ﷺ، وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام. قال الخطابي: اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية، فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في الستة عنه عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»[1] قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر، فإن سعيد بن أبي عروبة من الأثبات في قتادة، وليس هو بدون همام عنه. وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه إلى النبي ﷺ وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني. وقال الشيخ تقي الدين: وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما، وحسبك بذلك: يعني برفعهما الاستسعاء. وفي المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة: مثل أنه لا يعتق شيء أصلاً ولو بإذن الشريك، وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته، وأن له التضمين وإن كان معسراً، وهو منقول عن زفرْ وبشر المريسي، وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول: ابن سيرين قوله: **(ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت)** وهو ظاهر الرواية، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخام وثياب البدن **(لا يسار الغني)** أي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ **(لأن بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين)** جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب. وهذا في الحقيقة تعليل للنص وإلا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصة لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام: «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه قوله: **(ثم التخريج على قولهما)** أي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما: **(فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار)** فلم يكن الضمان منقولاً إليه عما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره. وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان إعتاق بعضه إعتاق كله، ويسعى في حالة إعساره حرّاً مديوناً. وأما التخريج على قول أبي حنيفة: فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه **(والتضمين)** بالجر: أي وخيار التضمين للمعتق **(لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك)** من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك **(مما سوى الإعتاق وتوابعه)** من التدبير والاستيلاد والكتابة.

ظاهر الرواية، ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن. والحسن قد روى استثناءه، وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، وقوله لايسار الغني إشارة إلى نفي ما ذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغني، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسراً اعتباراً لليسار المعهود.
وقوله: **(لأن به)** أي بيسار التيسير **(يعتدل النظر من الجانبين)** جانب المعتق والساكت **(بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه)** وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القربة، وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إتمام قصده وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى

---

(١) صحيح. أخرجه الجماعة، وتقدم في الحديث الأول من هذا الباب مستوفياً.

besturdubooks.wordpress.com

البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه، والاستسعاء لما بينا، ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان. وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى لما بينا، والولاء له في

قوله: **(والاستسعاء)** بالجر عطفاً على التضمين: أي وإثبات خيار الاستسعاء **(لما بينا)** من أنه احتبس مالية نصيبه عنده، وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء، فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين، فكذا للغاصب، ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه. وقوله: **(ضمناً)** جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب بأن ذلك في الملك قصداً حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تمليك قصداً، ولا يلزم من عدم الثبوت قصداً عدمه ضمناً **(والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان)** غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء **(و)** أما **(في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا)** من احتباس ملكه **(والولاء له)** أيْ للساكت: أي مشتركاً بينه وبين المعتق **(في الوجهين)** أي في الإعتاق والاستسعاء **(ولا يرجع المستسعى)** على المفعول: أي العبد **(على المعتق بشيء بإجماع بيننا)** خلافاً لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر، وإنما لا يرجع بالاتفاق، أما على قوله: فإنه يسعى لفكاك رقبته، وأما على قولهما: فلأنه إن لم يكن ساعياً لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسراً **(بخلاف)** العبد **(المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلذا يرجع على المعتق)** إذا أيسر، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوّجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو أعتقها على خمر مثلاً تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتقاً ويسعى في قيمته وهو حرّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده **(وقول الشافعي في الموسر كقولهما. وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع**

غيره. وقوله: **(ثم التخريج على قولهما ظاهر)** يعني إذا علم أنّ هذه المسئلة مبنية على حرفين: أي أصلين. بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئاً كان المعتق موقعاً للعتق في النصيبين جميعاً ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني، فلو رجع لكان عليه السعاية **(والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته)** للأصل الأول **(وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق)** للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئاً كان ملكه في الباقي قائماً فجاز إعتاقه، وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة. ولقائل أن يقول: التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين. أما على الأصل الثاني فظاهر، وأما على الأصل الأول فلأن التجزي إن لم يكن مانعاً عن الضمان فلا يكون موجباً له. والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لا من حيث كل واحد منهما، والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة. على أنا نقول: إن التجزي إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزّ يوجبه من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمداً عليه في الجملة وقوله: **(والاستسعاء)** معطوف على قوله والتضمين. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني **(ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك)** أي أخذ القيمة **(بالاستسعاء)** بناء على الأصل الثاني، فكذا من قام مقامه كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل **(ولأنه ملكه**

besturdubooks.wordpress.com

الوجهين لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته، بخلاف المرهون إذ أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه. وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما. وقال في المعسر: يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتني السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف

ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده **(أنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجانٍ ولا راضٍ به، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: نختار أن يستسعى)** قوله: غير جانٍ إلخ. قلنا: لا يفتقر إلى الجناية، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار، وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله: فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق. ويدفع بأنها كما قال: أهل الشأن ضعيفة مكذوبة، ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازاً لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد. والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله «عتق منه ما عتق» كفاية، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر، إن لم يلزم بقاء الباقي رقيقاً يلزم بقاؤه مملوكاً والملك هو المطلق للتصرف. والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله: «فعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه»[1] يوجب استسعاءه عند إعساره، ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا. واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك، وأن هذا هو معنى قوله: غير مشقوق عليه. والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله: «ليس لله شريك»[2] فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا: أو عدم تقرره وهو الأولى. وإذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجاناً جبراً بفعل غيره ولا نظير له في الشرع، والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر، ولأن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر، وأن لا يقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه، وللشافعي قول آخر هو كقولهما: في اليسار والإعسار، واختاره المزني من أصحابه قوله: **(ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة)** وعتق **(وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار)** العبد بذلك **(مكاتباً له)** أي في حكم المكاتب **(ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه**

بأداء الضمان ضمناً فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء) وقوله ضمناً جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب فكيف قيل ذلك. وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر. وقوله: **(والولاء للمعتق في هذا الوجه)** يعني إذا ضمن المعتق وهو ظاهر. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه. وقوله: **(ولا يرجع المستسعي على المعتق)** ظاهر، وقد قدمناه جواباً لسؤال. قوله: **(وقول الشافعي في الموسر)** بيان لموضع خلاف الشافعي، فإنه ذكر في أول الباب مطلقاً فاحتاج إلى أن يبينه ههنا. وقوله: **(ولا راضٍ به)** أي بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق

قوله: (وقد قدمناه جواباً لسؤال) أقول: أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه، إلى قوله: وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان.

---

(١) حديث أبي هريرة تقدم مراراً. رواه الجماعة.

(٢) هو بعض حديث أبي المُلَيح، وقد تقدم قبل عدة أحاديث.

besturdubooks.wordpress.com

السالب لها في شخص واحد. قال: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه، ولا

فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه) إن شاء أو يعتقه (لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقاً لأنه مكاتبه) إن كان صادقاً (أو مملوكه) إن كان كاذباً (فلهذا يستسعيانه) أما في الصديق فظاهر، وأما في الكذب فلتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر وإعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عيناً وهو السعاية، وهذا (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) الإعتاق، وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم

بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولا يكون العبد عالماً به فلا يكون راضياً. وقوله: (فتعين ما عيناه) يعني عتق ما عتق ورق ما رق (وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لا يفتقر في وجوده إلى الجناية) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسراً (بل ينبني على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لا يصار إلى الجمع بين القوّة الموجبة للمالكية الحاصلة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد. قال: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح إلا ما ننبه عليه قوله: (بالعتق) أي بالإعتاق. وقوله: (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما. وقوله: (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه. وقوله: (لأنه مكاتبه) أي على تقدير الصدق. وقوله: (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش، وإنما تيقناً بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذباً في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وإذا كان صادقاً في قوله أعتق الشريك يكون مقراً بأن العبد صار مكاتباً باعتبار تجزي الإعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضاً جائز. وقوله: (لأن حقه في الحالين) أي لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار (في أحد شيئين) أي التضمين أو الاستسعاء. وقوله: (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على

قوله: (وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما إلخ) أقول: ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده. لا يقال: وضع المسألة فيه، ألا ترى إلى قوله شهد فإن الشهادة هي الإخبار الذي يكون عن موطأة قلب، لأنه لو سلم أن معناها ما ذكرته فللقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح: وهذا صريح في أن لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعين استسعائهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر، فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول إن صاحبه حلف كاذباً، واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما أعتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ. ففي قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما إلخ بحث لأن الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل قوله: (أنه أعتقه صاحبه يحلف إلخ) أقول: من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه. والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فليتأمل.

besturdubooks.wordpress.com

يخلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية، والولاء لهما لأن كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه)** لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبت لإقراره على نفسه **(وإن كانا معسرين سعى لهما)** لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً على ما بيناه إذ المعتق معسر **(وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما)** لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ

تقبل للمعنى الثاني فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمناً للشهادة **(فتعين السعاية)** وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب. وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف، فإن نكل جاز التضمين. وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المآل إلى السعاية، وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعين استسعائهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح باله فيستحلف عليه وهو أوجه، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاضٍ بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما: فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول: إن صاحبه حلف كاذباً واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما عتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا: قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه)** لواحد منهما **(لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته)** وإنما يدعي الضمان على صاحبه **(لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه)** بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره **(وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً)** لفرض أن المعتق معسر. وقوله: **(على ما بيناه)** أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتباً بل حر مديون **(وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه، ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد من السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله)** أي يثبته **(لصاحبه)** حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزأ: أي لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلاً من زوال الرق **(وهو)** أي صاحبه **(يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما)** فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال قوله: **(ولو قال أحد الشريكين)** في عبد **(إن لم يدخل فلان)** يعني العبد **(الدار غداً فهو حرّ وقال الآخر إن دخلها غداً فهو**

تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف، فإذا نكل وجب الضمان. وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن مآله إليه. وقوله: (على ما بيناه) يريد به قوله لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً، كذا في النهاية. وقيل هو إشارة

besturdubooks.wordpress.com

عنه **(ولا يسعى للمعسر منهما)** لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما **(ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ، وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: يسعى في جميع قيمته)** لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول، ولا يمكن القضاء

حرّ، فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر) بينهما **(وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين، فلو كان أحدهما موسراً يسعى في الربع للموسر، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله: ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق، فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة: في أنه لا يجب إلا النصف **(وقال محمد: يسعى في جميع قيمته)** لهما إن كانا معسرين، وبنصفه للموسر إن كان أحدهما معسراً، ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين، وهذه على وزان المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق، وهناك إذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً لا يسعى إلا للموسر، فكذا هذا، وهذا لأن الذي أخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت والآخر معتق، فإذا كان أحدهما موسراً فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى إنزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقاً كما لو كانا موسرين فإن كلاً يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية قوله: **(لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول)** وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد **(ولا يمكن القضاء على المجهول)** ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع في المعين فلم ينافه التوزيع **(فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضي بشيء للجهالة)** فكذا لا يقضي بسقوط شيء لذلك، وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل قوله: **(ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به، والجهالة)** المانعة من القضاء بالسقوط **(ترتفع بالشيوع)** أي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين **(وتوزيعه)** عليها فصار المقضى عليه بالسقوط المولبين فلا جهالة في المقضى عليه، وإنما تلزم لو قضي على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية

إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه **(ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** لكن عند أبي حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء. وعند أبي يوسف: إن كانا معسرين فكذلك، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدّعي الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه، والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته **(وقال محمد رحمه الله: يسعى في جميع قيمته)** بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى في نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده أيضاً يمنع وجوب السعاية. وجه قول محمد فيما إذا كان معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه في السعاية وهو

besturdubooks.wordpress.com

على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقتضي بشيء للجهالة، كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان، ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق **(ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما)** لأن المقضى عليه بالعتق مجهول، وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد المقضي له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول **(وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب)** لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر **(ولا ضمان عليه)** علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم **(وكذا إذا ورثاه، والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا، بهبة أو صدقة أو وصية، وعلى هذا إذا اشتراه

أحدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الأمر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري: عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم أجتمعن في ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها، وصار **(كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر)** في الثاني **(أو البيان)** في الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الألوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة، وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطالب بالبيان خلافاً للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول، وفي قول الوارث: يقام مقامه فإنه إثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني وإسقاط جميع حق المستحق في الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولا. وقيل إن الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة، لكن لما كان المقضى له معلوماً جاز القضاء، كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد. وهذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار قوله: **(ولو حلفا على عبدين إلخ)** يريد أن يفرق بين السابقة، وهي ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد. وهذه وهي ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما: إن دخل فلان غداً فعبدي حر وقال الآخر: إن لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه **(لم يعتق واحد منهما)** ولا شيء منهما في قول: الكل **(لأن المقضى عليه)** بعتق عبده وهو أحد المولبين **(مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء)** ولو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالماً بحنث أحد المالكين لأن كلاً منها يزعم أنه يبيع عبده، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر، كما أو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول. ولو قال: عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت، لأن باليمين الأول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقر بوجود شرط الأولى. وقيل: لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكل منهما يحتمل

الحانث منهما مجهول. والمجهول لا يجوز القضاء عليه **(فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضي عليه بشيء للجهالة كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع)** جواب عن قوله المقضى عليه مجهول. فإن قيل: في التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق. أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد، وذلك لأنا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان

besturdubooks.wordpress.com

رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه. لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه، كما إذن له بإعتاق نصيبه صريحاً، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا، وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا

تحققه وعدم تحققه. قلنا: ذاك في مثل قوله إن لم يدخل فعبدي حرّ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي، وكذا إن دخل بخلاف إن دخل. وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرّاً بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق قوله: **(وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما)** بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معاً بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا **(عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصاً من ابنه)** فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئاً، ولو كان موسراً سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أعتقه **(وهذا عند أبي حنيفة)** وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب، وكذا كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث: أعني قوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له إلخ»[1] يفيد كون العتق اختيارياً **(وقال: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً. وإن كان معسراً سعى الابن فيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة)** معاً **(أو صدقة أو وصية وعلى هذا)** الخلاف أيضاً **(إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه إن اشترى نصفه)** أما لو حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله **(لهما أنه)** أي الأب **(أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق)** الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق **(وصار كما إذا العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه)** لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختاراً فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أو لا يكون برضا من له حق التضمين، ولما باشر العقد معه مختاراً وهو علة الملك الذي علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضياً بإفساد نصيب نفسه فلا يضمنه، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحاً. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله: شاركه فيما هو علة العتق علة العلة، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيارياً بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه

فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى. وقوله: **(ويتأتى التفريع فيه)** قد أمضيناه في أثناء الكلام. وقوله: **(ولو حلفا على عبدين)** ظاهر، وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ما نذكره. قوله: **(ولا ضمان عليه)** أي على الأب. وقوله: **(وكذا لو ورثاه)** يعني بالاتفاق. وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثاً بين زوجها وأبيها. وقوله: **(وقالا في الشراء)** إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الإرث. وقوله **(قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه)** إنما قيد بالنصف، لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد. ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر. ووجه قوله ما ذكره فيه. وتقريره الشريك الآخر رضي بإفساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد **(كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً ودلالة ذلك)** أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه **(أنه شاركه فيما هو علة العتق، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا)** والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا محالة، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تحصل العلة للإضافة إليها، وههنا كذلك لأن التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار، بخلاف الإرث فإنه لا إعتاق هناك ولهذا لا يخرج

قوله: **(لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر)** أقول: الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر إلخ، ولم توجد هذه العبارة في النسخ التي رأيناها غير هذه النسخة ولا بد منها أو ما يفيد معناها.

---

(١) هو بعض حديث ابن عمر رواه الجماعة وتقدم مراراً.

besturdubooks.wordpress.com

يختلف الجواب بين العلم وعدمه، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه **(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر**

عنها، وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر: إن ضربته فهو حرّ فضربه عتق نصيبه، فإن له أن يضمنه، ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضاه بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط، بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق. ولو قيل: سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا: لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بإلزامه إياه، فخلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه، فلا يصح أن يقال: إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال: إن ضربت هذا العبد اليوم ظلماً فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه، وإطلاق الجواب بخلافه، وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختاراً جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه، وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر. لا يقال: رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان. وأبو حنيفة رحمه الله يثبته إذا كان المعتق موسراً واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه؟ لأنا نقول: كونه رضا بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له، إلا إذا لم يكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا. وأما إيراده على قولهما: هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما: فإعتاق البعض إعتاق الكل، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر، ولا يملك إلا بالضمان. والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله: **(وهذا ضمان إفساد)** جواب عما يقال: كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال: ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد، وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له، ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والإعسار، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه. وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق، ويقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية في عتق الإنسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك، فصح أن يقال: ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصداً فاسداً أثم به أما وضع العتق فليس مقتضياً لزومه، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية من علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص، بخلاف القياس، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعدمها. وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا

به عن الكفارة. وقوله: **(وهذا ضمان إفساد)** يجوز أن يكون جواباً عما يقال إنما كان الرضا مسقطاً للضمان أن لو كان ضمان إفساد، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك. ووجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، وإنما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روي عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار فلا يسقط به الضمان. وقوله: **(ولا يختلف الجواب بين العلم)** أي بالقرابة **(وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب)** أي العلة **(كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه)** والسبب قد وجد بما مر. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالماً بالقربة وبين ما إذا لم يكن عالماً بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالماً بها. وقوله: **(وإن بدأ الأجنبي)** ظاهر مما تقدم، وكذلك قوله: **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر)** وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع. وقوله: **(والوجه قد ذكرناه)** إشارة إلى قوله

besturdubooks.wordpress.com

فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه ما رضي بإفساد نصيبه **(وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته)** لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده. وقالا: لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن إذا كان موسراً)** ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده، والوجه قد ذكرناه **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قناً ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه**

يختلف باليسار والإعسار. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنضمنه، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً. وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله، كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب. والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال: لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم أيضاً، وإنما قلنا: على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار، ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسراً. فإن قلت: قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للإتلاف. قلنا: قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين. ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه، وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء وإنما التضمين دائماً، وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه. والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوّع أو صلاته قادراً على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه قوله: **(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه ما رضي بإفساد نصيبه)** لأن دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه **(وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة)** وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده **(وقالا: لا خيار له)** أي للأجنبي، بل يتعين التضمين على ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما قوله: **(ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة)** للبائع **(وقالا: إن كان موسراً يضمن، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه)** وهو أنه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه ولرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله: **قد ذكرناه** وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع قوله: **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر)** فأراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله: **(فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر)** ثلث قيمة العبد قنا، وليس له أن يضمن المعتق شيئاً، وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت

لهما أنه أبطل وله أنه رضي. قال: **(وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان)** أي أراد، لأن مريد الضمان إنما هو الساكت والمدبر دون المعتق، فكان المراد بالجمع التثنية، أو أطلق الجمع بطريق التغليب **(فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث**

besturdubooks.wordpress.com

موسراً كان أو معسراً) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبراً به، ولما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سدّ عليه طرق الانتفاع به بيعاً وهبة على ما مر، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سبباً ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير، ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف

حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة **(وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن)** أعني ثلثه قناً **(وهذا)** كله **(عند أبي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً وأصل هذا)** الخلاف **(أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق)** إذ هو عتق مضاف **(فيكون معتبراً به، ولما كان التدبير) (متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين)** حيث امتنع على كل منهما البيع، وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والأمهار فثبت لكل منهما خمس خيارات[1] أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بإفساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا، **(فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت)** هو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر **(سبباً ضمان)** أحدهما **(تدبير المدبر)** الذي أفسد عليه ما أفسد **(و)** الآخر **(عتق هذا المعتق)** فإنه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين **(غير أن)** الساكت له **(تضمين المدبر)** ليس غير **(ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل)** في الضمان لأن به يعتدل جانباً الضامن والمضمون له، فإنه لما ملك المضمون بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله، فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه **(ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا)** خلافاً للشافعي حيث جعله ضمان إتلاف، فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى،

الذي ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين ديناراً مثلاً فإن الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإتلاف بالإعتاق واقعاً على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة، فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها **(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً)** قوله: **(وأصل هذا)** ظاهر. وقوله: **(على ما مر)** إشارة إلى قوله لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة إلخ، وقوله: **(غير أن له أن يضمن المدبر)** بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضاً سبب ضمان، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز؛ أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلاً للنقل فكان ضمانه مقابلاً بذلك فانعقد سبب الضمان موجباً لملك المضمون، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضماناً من غير تملك المضمون وذلك

قال المصنف: **(غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة)** أقول: يعني ثبت ضمان المعاوضة في ضمن ضمان الإفساد. لا يقال إذا كان ضمان معاوضة ينبغي أن لا يختلف باليسار والإعسار كما في سائر المعاوضات لأنه ضمان إفساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فليتأمل.

---

(١) قوله: (خمس خيارات) كذا في النسخ والمعدود ستة اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراوي.

besturdubooks.wordpress.com

الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً، والضمان يتقدر بقيمة المتلف، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً على ما قالوا، ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار. وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه، ولا يختلف

وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم: ضمان جنايه. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيخان: لو غصب عبداً فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مدبراً فاكتسب عنده أكساباً ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في

خالص ضمان الجناية، وأما أن الأصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح **(ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا)** ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبراً فاكتسب عند الغاصب كسباً ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب. قال في النهاية، والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وإنما يكون الكسب له إذا كان المدبر ملكاً للغاصب عند أداء الضمان، فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلأن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى. وقوله: **(لأنه عند ذلك مكاتب أو حرّ على اختلاف الأصلين)** قال الإمام جلال الدين ابن المصنف: هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بدّ من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حرّ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر. وأقول: للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول في كل واحد من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل منهما حراً من وجه عبداً من وجه، فكان الثابت كالمكاتب، فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله: **(على ما قالوا)** إشارة إلى أن فيه اختلافاً. قال بعضهم: نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر. وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن. والأصح ما قاله في الكتاب لأن منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة، وقيل الفتوى على الأول.

قال المصنف: **(لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير)** أقول: أي قبل ثبوت حكم التدبير، فإن ملكه بتضمين الساكت يستند إلى ذلك الوقت قوله: **(فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل، إلى قوله: كان أولى)** أقول: هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لأن بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره. وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب، وما ثبت بالضرورة لا يعدو موضعها فليتأمل قال المصنف: **(لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين إلخ)** أقول: قال الأستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف: قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح، وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخة لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولا مكاتب، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك اهـ. ولك أن تقول: كلام المصنف مبني على التشبيه فإنه مشبه بهما على الأصلين في عدم قبول النقل قوله: **(وأقول للساكت حق الاستسعاء، إلى قوله: فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي)** أقول: هكذا وجد في بعض النسخ، إلا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ إلخ محل بحث فتأمل فيه.

قوله: **(وبالوجه الثاني يندفع ما قيل، إلى قوله: يضمن للساكت قيمة نصيبه إلخ)** كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن إفادة المدعي سالماً عن الارتياب. ولك أن تقول: المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الإفساد، لأنه لما لم يكن ثابتاً من وجه لم يكن الإعتاق إتلافاً محضاً لملكه فيغلب جانب عدم الإفساد والجناية على جانب الوجود، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس لا ضمان الإفساد على ما مر قوله: **(وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أي عصبة المدبر)** أقول: فيه بحث.

besturdubooks.wordpress.com

لك في قولهم: ضمان جناية. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيخان: لو غصب عبداً فأبق وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مدبراً فاكتسب عنده أكساباً ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن **(لكونه)** أي نصيب الساكت **(قابلاً للنقل من ملك إلى ملك)** في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة **(لأنه)** أي العبد **(عند ذلك مدبر)** وفي بعض النسخ حر**(أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال)** فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف:

الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن **(لكونه)** أي نصيب الساكت **(قابلاً للنقل من ملك إلى ملك)** في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة **(لأنه)** أي العبد **(عند ذلك مدبر)** وفي بعض النسخ حر **(أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال)** فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف: هو غير مستقيم لأنه عند الإعتاق ليس حراً ولا مكاتباً، بل بعد العتق يصير كذلك، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد **(فلهذا يضمن)** الساكت **(المدبر)** ليس غير **(ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مدبراً)** فإن المدبر كان متمكناً قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مدبراً والمدبر مال متقوّم حتى لو كان مدبراً لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبراً وإن لم يتملكه بالضمان **(وقيمته المدبر ثلثا قيمته قنا)** فلو كانت قيمته قناً: سبعة وعشرين ديناراً ضمن له ستة دنانير لأن ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله: **(على ما قالوا)** طريقته في مثله الإشعار بالخلاف، فقيل: قيمته قيمته قناً وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة، وقيل: نصف قيمته قناً: لأنه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الأول، وقيل: تقوم خدمته مدة عمره حزراً فيه فما بلغت فهي قيمته، وقيل: ثلث قيمته قناً لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى، إلا أن الوجه يخص المدبرة، وقيل: يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوّزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته، وهذا حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع، وقيل: قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حريدا وإن بقيت الرقبة قوله: **(ولا يضمنه)** أي لا يضمن المدبر المعتق **(قيمة ما**

وقوله: **(ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان)** يعني أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد، وله أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبراً، فإن نصيبه بعد تدبيره كان منتفعاً به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين: أحدهما أنه ملك المضمون مستنداً والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين. والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث، والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه. وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وإن ثبت له الملك مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه. ووجه ذلك أن

besturdubooks.wordpress.com

باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الإستيلاد، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر. قال: **(وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها)** لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشتري على

ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قناً وثلثها مدبراً **(لأن ملكه فيه)** أي في ثلثه قنا **(يثبت مستنداً)** إلى وقت التدبير **(وهو ثابت من وجه)** وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان **(دون وجه)** وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير **(فلا يظهر في حق التضمين)** بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق.

واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستنداً. أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء، فكذا للمعتق، أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر، ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه. ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله: إن الملك المستند لا ينتهض سبباً للتضمين، إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق، فكان الأوجه أن يقال: من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه، وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه، بخلاف ثلث نفسه: أعني ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد. ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سبباً لضمان كالمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت، والرجوع على العبد ليس تضميناً لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسداً شيئاً بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه، فكذا من صار الملك له وقام مقامه. واعلم أنه لو لم يعتق إلا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه من ثلث قيمته عبداً مع ثلثه مدبراً لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته، كذا عللوا. والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل: ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضاً لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستنداً، ويحتاج إلى تتميمه بقولنا فيكون ثابتاً حال الإعتاق من وجه دون وجه، ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده. هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبراً لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبراً لا قناً، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء. والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبراً بل هو قن على ملكه، إذ لا موجب لصيرورته مدبراً لأن ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزأ، وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه، إذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك قوله: **(والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على**

المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان، وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل، فكذلك من قام مقامه، وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضاً تلك الولاية. وقوله: **(والولاء بين المعتق والمدبر)** أي بين عصبة المدبر **(أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار)** فإن قيل: لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضاً لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبراً. أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئاً بمقابلة ما ضمن، وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستنداً فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق. وقوله: **(لأنه ضمان تملك)** أي لأن ضمان التدبير ضمان

besturdubooks.wordpress.com

البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقرّ لو صدق كانت الخدمة كلها

ملكهما على هذا المقدار) فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبراً، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً أثلاثاً لكل ثلثه. وفي النهاية وغيرها في قوله: والولاء بين المعتق والمدبر: أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت، ونسبه لقاضيخان وهو غلط لأن العتق المتجزىء يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجيز أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر إياه من حين وجوده، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء وديره الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقيه إلى موته كما قدمناه أول الباب، بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما تقيد في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة، لأن نصيب الآخر على حاله عنده، وأما ما في الزيادات: مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزأ عنده، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسراً واستسعاء العبد مختاراً أو جبراً بإجارته فهو يحقق ما قلنا: من أنه لا يبقى[1] فيه الرق إلى أن يؤدي السعاية، والله أعلم قوله: **(وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما إلخ)** يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبراً لشريكه المدبر **(وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا)** فيضمن ثلثي قيمته لشريكيه **(ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك)** لأنه أمكن على ما ذكرنا **(فأشبه الاستيلاء)** أي إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً **(بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد)** لا ضمان تملك، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس، وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار وأرادا فيه **(والولاء كله)** على قولهما: **(للمدبر وهو ظاهر)** لأن العتق كله من جهته. واعلم أنه يجب على قولهما: إن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا: إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول: بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه، وحينئذ يجب أن يقال: ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس قوله: **(وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوماً)** أي

تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاد **(بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية)** وهو يختلف باليسار والإعسار. واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالإعتاق، والأول مردود بأن من كسر جرّة إنسان مثلاً أو أتلف ملكاً من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً، والثاني تحكم. وأجيب بأن المراد الثاني، والتحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ «في الرجل يعتق نصيبه: إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر» فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس. قال: **(وإن كان جارية بين رجلين)** إذا كانت الجارية بين رجلين **(زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً)** أي ترفع عنها الخدمة يوماً **(وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة)**

---

(١) قوله: (لا يبقى) هكذا في النسخ، ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل. كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

besturdubooks.wordpress.com

للمنكر، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو

لا تخدم فيه أحداً (ويوماً تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له، وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة، كذا ذكره الفقيه أبو الليث. ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال: عتقت الجارية من جهة شريكي، ولو قال: أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسراً وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكناً من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة: موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسراً والآخر معسراً، وعندهما كذلك إن كان المقرّ عليه معسراً، فإن كان موسراً سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة له. وقال محمد: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها. وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف، ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الأول مثلاً وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلاً به. واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف؟ الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها إلى الحرية. وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر، ولم يذكر خلافاً في النفقة. وقال غيره: نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر، وهذا اللائق بقول أبي حنيفة. وينبغي على قول محمد: أن لا نفقة لها عليه أصلاً لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس، وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها: أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها التسعين بها، وعلى قول أبي حنيفة: جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه قوله: **(لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها، كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق)** حتى لو اشتراه عتق عليه، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقرّ حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام، والمقرّ أيضاً امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعي الملك على المنكر، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها، ولا وجه إلى تضمين شريكه، فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها، فإن المنكر أخذ حصته والمقرّ يبرئها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن إخراجها عن ملكه مجاناً للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية قوله: **(ولأبي حنيفة)** وعلمت أن أبا يوسف معه **(أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين)** لأن المقرّ إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق

كلها **(لا سبيل عليها)** يعني للمقرّ بالاستسعاء **(لهما أنه لما لم يصدقه)** وتقريره أن المقر لو أقرّ على نفسه بالاستيلاد صح، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه، وإذا انقلب إقرار المقرّ على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقرّ صار بإقراره كالمستولد لها، ولا يمكن للمنكر تضمين المقرّ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبساً عند الجارية **(فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت)** تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر **(ولأبي حنيفة أن المقرّ لو صدق)** تقريره موقوف على

قوله: **(كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع)** أقول: قوله قبل متعلق بقوله أقر.

besturdubooks.wordpress.com

أمر لازم لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد **(وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن نصف قيمتها)** لأن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده ومتقومة

خدمتها، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقرّ فاستحقاقه نصفها متيقن. وأما الشريك المقرّ فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه، وهو لفّ ونشر مرتب. وقولهما: انقلب إقراره عليه. قال: ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب **(وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد)** بنفسه حكماً، نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك، ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لإقراره على نفسه لا من الانقلاب، وحاصله منع الانقلاب، والجواب عما استدل به عليه قوله: **(وإن كانت أم ولد بينهما)** بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له **(فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالا: يضمن نصف قيمتها)** وإن كان معسراً سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوّم أم الولد، فعنده غيره متقوّمة، وعندهما متقوّمة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة **(وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل)** ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: إحداها هذا والثانية أم الولد إذا ولدت ولداً وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده، وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسراً، وإن كان معسراً استسعى الولد في النصف: يعني إذا بلغ حداً يستسعى فيه مثله. ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما. ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما. وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر، حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحرّ بذلك لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق. ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما. ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يردّ جميع الثمن عنده، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن قوله: **(وجه قولهما)** وهو قول الجمهور: **(أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداماً)** وكذا يملك كسبها، ولو قال: كل مملوك لي حرّ عتقت، وهذا هو دلالة التقوّم والفائت ليس إلا

مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها، فالمقرّ إما أن يكون صادقاً في إقراره أو كاذباً. فإن كان الأول **(كانت الخدمة كلها للمنكر)** وإن كان الثاني **(كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك)** أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى. وقوله: **(والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب)** جواب عن قولهما كأنه استولدها: يعني أنه لما أقرّ بأمومية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقرّ بنسب صغير لرجل فكذبه المقرّ له ثم أقرّ المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد **(فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما)** بأن ولدت جارية بين رجلين ولداً فادعياه **(فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة،**

قوله: **(والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد)** أقول: فإن قيل الإعتاق لا يرتد. قلنا: نعم، والانقلاب فيه أيضاً غير مسلم بل المقر مؤاخذ بإقراره فليتأمل قال المصنف: **(فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد)** أقول: لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لأنه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة قوله: **(منها أنه إذا مات أحدهما إلخ)** أقول: سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوم ما يقابله، ففي تفريع هذه المسألة على التقوم كلام قال المصنف: **(وهذا هو دلالة التقوم)** أقول: فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم. ثم اعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها.

besturdubooks.wordpress.com

عندهما، وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى، وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداماً، وهذا هو دلالة التقوّم، وبامتناع بيعها لا يسقط تقوّمها كما في المدبر، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية، وهذا آية التقوّم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد

مكنة البيع وهو لا ينفي التقوّم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلاً لأنها مصروفة إلى حاجتها لدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعاً على هذه الوجوه (دلالة التقوّم) لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والإجازة، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوّم، ألا يرى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقاً لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني، فإذا ثبت التقوّم في إحداهما ثبت في الأخرى، وكذا ولد المغرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا. وحاصله دليلان: الأول قياس على المدبر، والثاني إجماع مركب. وأيضاً ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها إلا بمقتض وحق الحرية الطارىء بالاستيلاد ليس مقتضياً لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوّم لثبوتهما فيه قوله: (غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فإن الفائت منفعة البيع) فقط لأنه يسعى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قناً. وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف، وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر قوله: (ولأبي حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم إنما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة، فإن الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب، ولا كلام في ملك الرقبة إنما الكلام في التقوّم والمالية، والتقوم يثبت بالإحراز على قصد التموّل حتى لا يكون العبد قبل الإحراز مالاً متقوّماً لا بالملك وإن ثبت معه، والآدمي وإن صار مالاً متقوماً بعد أن لم يكن في الأصل مالاً لأنه خلق لأنه يكون مالكاً للمال ولكن ذلك إذا أحرز للتمول، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتمول، وإن كان أوّل تملكها كان للتمول، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما

وقالا: يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافاً لهما، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى. ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده. وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسراً ويستسعي الولد في نصف قيمته إن كان معسراً. ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئاً عنده خلافاً لهما (وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها متنفع بها وطأ وإجارة واستخداماً) بالاتفاق، وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لا يكون إلا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقومها لم يكن كذلك، فإن عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم. أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر. وقوله: (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز) للتمول ولا إحراز للتموّل في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول. وقوله: (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك في قوله: (والإحراز للتقوم تابع) أي ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول. وقوله: (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بياناً وتوضيحاً لقوله والإحراز للتقوّم تابع، يعني أنه لو كان مقصوداً لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد وله لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم، وجاز أن يكون بياناً لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم. وقوله: (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما في المدبر: يعني بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تتعلق به حق الغرماء. وقوله: (وهذا)

besturdubooks.wordpress.com

الموت، وبخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام باقيان. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوّم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوّم والإحراز للتقوّم تابع، ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر، وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه

ذكرناه. وهذه المقدمة تقبل المنع: أعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال: لا نسلم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم. وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز في حق التقوم كالمنتفي، ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعاً وهو عدم سعايتها لغريم أو وارث وإن لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون، وإن ما كان مالاً متقوماً في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور، كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالاً غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد، وحيث ثبت التقوّم في المدبر ورد عليه لو كان متقوماً جاز بيعه، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته. والجواب عن إلزام التقوم بأم ولد النصراني بمنع تقومها، وإلزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه مجاناً وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها. ونقول: لا يفتقر بدل الكتابة إلى التقوّم لأنه في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم، فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة، أو نقول: هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتني على اعتقادهم كما في مالية الخمر، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضموناً عليها وإن لم يكن متقوماً، كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله. وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة. وأما قوله: في الكتاب **(وهذا لأن السبب فيها)** أي في أم ولد **(متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد)** فغير متوقف عليه الإثبات، إذ قد ثبت شرعاً بما ذكرنا عدم تقومها، وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها: يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهنّ وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم؟ فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوّم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولاً به ومنه سقوط التقوم. فإن قيل: فالتدبير أيضاً كذلك: أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفي تقوّم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه، لأنه ما بعد

إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه **(أن السبب فيها)** أي في أم الولد **(متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة)** وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوّم جميعاً **(إلا أنه لم يظهر عمله في حق)** زوال **(الملك ضرورة الانتفاع)** كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة في إسقاط التقوّم فعمل فيه السبب، وأما في المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت، لأن قوله إن متّ فأنت حرّ تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينعقد سبباً عندنا قبل وجوده على ما عرف. وقوله: **(وامتناع البيع فيه)** جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها. وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر، إلا أنه إنما امتنع تحقيقاً لمقصوده، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته. وقوله: **(وفي أم ولد النصراني)** جواب عما قاسا عليه. وقوله: **(قضينا بتكاتبها عليه)** ليس المراد به حقيقة التكاتب، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتبة، وإنما فعلنا هكذا **(دفعاً للضرر عن الجانبين)** أما في حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة، وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان

besturdubooks.wordpress.com

لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوّم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتبها عليه دفعاً للضرر عن الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل: يعني فتتأخر سببيته لسقوط التقوم إلى ما بعد الموت، وعلى هذا يحمل قول المصنف، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض، وذلك أن كلامه في سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أم الولد ثابت في الحال، وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا.

ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوّم ما يقابله لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم، فلذلك قلنا إن تكاتبها لم يقتض تقوّم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا، والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

باب عتق أحد العبدين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من آخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه) أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر

باب عتق أحد العبدين

هذا أيضاً من عتق البعض، غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الأول من هذا منزلة الجزء، وهو مقدم على الكل لأن الأول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد قوله: **(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر)** وهو الباقي من الأعبد الثلاثة **(فقال)** المولى **(أحدكما حرّ)** فالمسئلة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يبين العتق قبل الموت، والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب، والثالث أن يموت العبد قبل البيان. وحكم هذا القول: إذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان، وللعبيد مخاصمته في ذلك، فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد وقال: أحدكما حر إنشاء في المبهم الدائر بينهما، ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محلاً لحكمه، والحر ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار خبراً بأن أحدهما حر وهو الثابت، فلا يفيد في الخارج[1] عتقاً. فإن قيل: البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار ببيانه في الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان. أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لا من كل وجه، بل من حيث إن وقوع العتق الأوّل في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهاراً، فعلى تقدير الإنشاء يعتق الداخل، وعلى تقدير الإخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك، وإن بين بالكلام الأوّل عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل

باب عتق أحد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق أحد العبدين وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين **(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ)** ولم يسم كلاً منهما باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجاً وداخلاً وثابتاً يؤمر المولى بالبيان ما دام حياً لأنه هو المجمل فيرجع في البيان إليه ويعتق الذي عينه، فإن بين الكلام الأول في الخارج عتق الخارج، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه، وإن بين الكلام الأول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لأنه صار خبراً فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حرّ وعبد وقال أحدكما حرّ لا يعتق العبد، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضاً **(وإن مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول)** يعني الثابت أعيد عليه قوله أحدكما حرّ **(ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين)** يعني الخارج والداخل **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد كذلك)** يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه **(إلا في العبد الآخر)** وهو الداخل **(فإنه يعتق ربعه)** باعتبار الأحوال. والأصل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما روي «أن رسول الله ﷺ بعث أناساً إلى بني خثعم للقتال، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فلما بلغ ذلك رسول الله ﷺ قضى

باب عتق أحد العبدين

قوله: **(ثلاثة أرباعه)** أقول: فاعل عتق.

---

[1] قوله: **(فلا يفيد في الخارج)** هكذا في النسخ، ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراوي.

besturdubooks.wordpress.com

بينه وبين الثابت، وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلاً منهما النصف، غير أن

ببيانه، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال: عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الأول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين، وإن لم يبين المولى شيئاً حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضاً، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأوّل والداخل بالإيجاب الثاني لأن الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول، فإن عني به الخارج عتق الثابت أيضاً بالإيجاب الثاني، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب، واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت. واختلف في الداخل، ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضاً، وعند محمد يعتق ربعه. واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما: بعدم تجزي الإعتاق. والجواب أن قولهما بعدم تجزيه إذا وقع في محل معلوم، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة. والحاصل أن عدم التجزي عند الإمكان والانقسام هنا ضروري. ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقرّ في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حراً، فيمكن أن يقول: يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده، وعندهما يسعون وهم أحرار، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجاناً لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما. وردّ على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى: أحدكما حرّ إعتاق الاثنين وهو باطل، بل أحدكما لا يؤدّي معنى كلاكما؛ وقد يدفع عنه هذا يمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلاً موجباً للتوزيع كوقوعه موجباً لقوله: أعتقت نصفك، فكما يقع انعتاق النصف انعتاقاً للكل إذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا. والحاصل أنه لا موجب أصلاً لخروجهما عن أصلهما، وموافقة أبي يوسف أبا حنيفة في عتق نصف الداخل لا توجب موافقته في التّجزّي. ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (**أما الخارج فلأن الإيجاب الأوّل دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلاً منهما النصف**) إذ لا مرجح (**غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما**) لكن نصف الثابت شاع في نصفيه، فما أصاب منه المعتق بالأوّل لغا، وما أصاب الفارغ من العتقَ عتق فيسلم له الربع مضافاً إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (**ولأنه لو أريد الثابت بالثاني يعتق نصفه**) الباقي، ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع. وجه المذكور لمحمد في الداخل أن الإيجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

بنصف العقل» باعتبار الأحوال، وذلك لأن السجود منهم كان محتملاً أن يكون لله تعالى فكان إسلاماً، ويجب بقتلهم جميع الدية، وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقياً من شرّهم فلا تجب بقتلهم الدية، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف، وعلى هذا مسائل أصحابنا. فإن قيل: ما بال أبي حنيفة في الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال؟ أجيب بأنه إنما يجب المصير إلى اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه، والخنثى ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن

قوله: (**يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار**) يعني أن الكلام في المستمر على الإشكال.

besturdubooks.wordpress.com

الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل، وهو الذي سماه في الكتاب آخراً فيتنصف بينهما، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه، فما أصاب المستحق بالأول لغا، وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة أرباع ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول، وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول: لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

قوله: (وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعاً معتقاً، فما أصاب منه هذا النصف لغا، وما أصاب القن عتق فلغا ربعه. وهذا المعنى منتف في النصف الذي أصاب الداخل، وقد علمت آنفاً أن محمداً لم يوافق على هذا التوجيه، وتقدم له أيضاً أن الإيجاب الثاني صحيح في حالة وهي أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن يريد به الثابت لما تقدم، وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه، وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلاً فانتصف الثابت به فأصاب كلاً ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه. وإذا عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد: ليس لذلك الوجه المذكور، فإنه لم يصبه النصف أصلاً بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين. واعلم أن قولهم: يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته وإلا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم، ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه. وللشافعي في أصل المسألة قولان: في قول: يقرع بينهم وفي الأصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان. وعند أحمد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبديه: أحدكما حر يقرع بينهما، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حرّ ولا يصح بيانه إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ. لنا في تأصيل اعتبار الأحوال ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فقضى النبي ﷺ بنصف العقل»[1] وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه لله فيكون إسلاماً فيجب كمال العقل، وجاز كونه تعظيماً للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجباً لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضي بالنصف. وجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرقّ أربعة»[2] رواه الجماعة إلا البخاري، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطناً، وقد علمت أن ما

يتفلك لها ثدي أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. هذا إذا

---

(١) جيد. أخرجه البيهقي ٨/ ١٣٠ عن قيس بن أبي حازم قال: .. فذكره ثم قال البيهقي: وروي موصولاً، ثم أسنده عن قيس بن أبي حازم عن جرير قال: فذكره، وأسنده البيهقي من وجه آخر عن قيس عن جرير به، وإسناده جيد رجاله ثقات، ابن أبي حازم ثقة مخضرم، وجرير صحابي، والراوي عن قيس ثقة ثبت.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٧ والترمذي ١٣٦٤ وابن حبان ٤٥٤٢ والبيهقي ١٠/ ٢٨٥ كلهم من طريق قتيبة بن سعيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلّب عن عمران بن حصين بهذا الحديث، وإسناده صحيح على شرط البخاري ومسلم سوى أبي المهلّب فإنه من رجال مسلم وحده.

وتابع سليمان بن حرب قتيبة على حماد. أخرجه أبو داود ٣٩٥٨ وتوبع حماد فقد أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٦ . ٥٧ وأحمد ٤/ ٤٢٦ والبيهقي ١٠/ ٢٨٥ من طريقين عن أيوب.

وتوبع أيوب فقد أخرج أبو داود ٣٩٥٩ والنسائي ٨/ ٢٠١ وابن ماجه ٢٣٤٥ من طرق عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي المهلّب عن عمران به وتوبع أبو المهلّب. فقد أخرجه عبد الرزاق ١٦٧٦٣ وسعيد بن منصور ٤٠٨ والنسائي ٤/ ٦٤ والطبراني في الكبير ١٨ (٣٠١) (٣٠٣) (٣٠٥) والبيهقي ١٠/ ٢٨٦ وأحمد ٤/ ٤٢٨ . ٤٣٠ . ٤٣١ . ٤٣٩ . ٤٤٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عمران بن حصين به.

ولا يصح سماع الحسن من عمران، وقد وقع في رواية أحمد الأخيرة تصريح الحسن بالتحديث، وهو وهم من مبارك الراوي عن الحسن. وهو صحيح على كل حال فلعل الحسن سمع ممن سمع عمران والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

وهما يقولان إنه دائر بينهما، وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف. قال: **(فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا)** وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهماً فيبلغ سهام العتق سبعة، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على

صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة. ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه، قالوا: هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لا إن ظهر كذا، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنفي أن واحداً يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها، ولا شيء قليل ولا كثير. وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة إن كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضاً مما تقضي العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلاً في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة، كما قالوا: في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى. وأما ما قيل: إنها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لأن الفعل وإن لم يعم فإنه يدل على طريق صحيح، وإذا كان طريقاً صحيحاً جاز ارتكابه وتقرر الحكم به، وإلا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلا فرق، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة، والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما، وعلى عدمها أيضاً عند تعارض الخبرين، ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعاً لتطييب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزاً إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من يخصها من بينهن فكان الإقراع لتطييب قلوبهن، وكذا إقراع القاضي في الأنصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين إنما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل. والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى، ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك[1]، وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته. والله أعلم. فأما أن يتعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا كان شائعاً فيهم يقع في كل منهم منه شيء، فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه، بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شيء، وأما إذا لم يكن شائعاً فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته

كان في الصحة **(فإن كان القول منه في المرض)** فإن كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته، فيجعل أولاً كل رقبة على أربعة أسهم **(لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع)** فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان، فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحداً وعشرين وثلثا أربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسه، وكذلك الداخل، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الأربعة. وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم، فكانت سهام الوصايا ستة،

---

(١) يشير المصنف إلى قوله تعالى ﴿ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون﴾ [سورة آل عمران: ٤٤].

besturdubooks.wordpress.com

سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان. وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقي التخريج ما مر **(ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)** قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة، وعندهما يسقط ربعه، وقيل هو قولهما أيضاً،

ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه يقيناً ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها قوله: **(فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا)** لأن العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم لو تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته. قال المصنف **(وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما)** أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف، أما على قول محمد: فستة وذلك **(لأنا نجعل كل رقبة على أربعة)** وإنما نجعل كل رقبة على أربعة **(لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه)** من أربعة **(ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة)** خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين، وكل المال هو الأعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع، وأما قول محمد: فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدساً، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الأرباع على قوله: نصفه وعلى قولهما: يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة، وعلى قولهما: يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه، وعلى قولهما: يعتق سبعاه، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف قوله: **(ولو كان هذا في الطلاق)** يعني قال لزوجين له: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال: إحداكما طالق **(وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربعه)** ووجب لها ثلاثة أرباعه **(ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه)** ووجب لها خمسة أثمانه **(ومن مهر الداخلة ثمنه)** ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من

فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة. فإن قيل: ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لأن الإعتاق لا يتجزأ. أجيب بأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلاً معلوماً، أما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة، وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله: **(ولو كان هذا)** أي ولو كان هذا الكلام **(في الطلاق وهن غير مدخولات**

قوله: **(فإن قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً إلخ)** أقول: قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه، وقوله لأن الإعتاق لا يتجزأ لا يفيد فإن كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حراً مديوناً يسعى في دينه فليتأمل، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية: للخلاص من الرقية ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلاً من العبدين محلاً للعتق، وإلى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلاً للاجتهاد فيه قوله: **(أجيب بأن الإعتاق إلخ)** أقول: ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه إن شئت قوله: **(لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة إلخ)** أقول: الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه، ومن لوازم الإعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم تجزي الإعتاق قوله: **(كانت أجنبية إلخ)** أقول: إذ الكلام في الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ.

besturdubooks.wordpress.com

مهريهما ليست إحداهما أولى بسقوطه من الأخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها، والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعاً بين أجنبية ومنكوحة لأنه لا عدة لأنه قبل الدخول فيتنصف ويثبت به سقوط الربع موزعاً ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم إلى ما سقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف، قال المصنف في جوابه: (قيل هذا) أي المذكور في الطلاقة (قول محمد وحده، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الإلزام (وقيل) بل (وهو قولهما أيضاً) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضاً فيها. أم التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدين، وأما التفريعات في الطلاق، فمنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين نصفه للداخلة لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين: أعني الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست أولى به من الأخرى. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حيّ طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لعدم مزاحمة الداخلة بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق، ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الأول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة به، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار

ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطاً على النصف من المستحق بالعتق ثبوتاً في الإيجاب الثاني **(فقيل هذا قول محمد)** فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربعه **(وقيل هو قولهما أيضاً)** فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق، وفرق بأن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حراً من وجه عبداً من وجه، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا: فأما الثابتة في الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصح الإيجاب الثاني، وإن كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثاني، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعاً بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن. وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا في أول البحث إذا كان المولى والعبيد أحياء. ومنها إذا كان المولى حياً ومات أحد العبيد، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل، ويطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضاً لأنه ظهر أنه كان عبداً عند الإيجاب الثاني ويطل مزاحمة الداخل بموته، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة، وكذا الداخل لأن المضموم إليه حرّ. قال الإمام فخر الإسلام في شرح الزيادات: هذا عند محمد، فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الأول، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثاني لأن المضموم إليه حرّ، هذه تفريعات العتاق. وأما تفريعات الطلاق: فمنها أن الزوج إذا كان حياً والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان

besturdubooks.wordpress.com

وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات (ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر) لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان ينافيان العتق

في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضاً لما تقدم. وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا إشكال فيه، وكذا في حق الثابت. أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول: يتجزى الإعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضاً، بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون المرأة محلاً للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائراً بين كونه موجباً لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئاً بخلاف في العتق، وأما على قول أبي يوسف: وهو لا يقول: بتجزي الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حراً أو بين أن يكون عبداً، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة. ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتباً في الإيجاب الثاني إنما هو بعد موت المولى، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به، لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم، فقد يقال من طرف محمد رحمه الله: إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب اعتباره، وحال صدوره الإيجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلاً. ويجاب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذا ذاك، ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت. وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقاً في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق. أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج، فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزاً في حق البراءة، وإذا اعتبر تنجيزاً كان الكلام الثاني متردداً بين أن يوجب أو لا يوجب شيئاً فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمناً واحداً. هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي أنه لا يقول بتجزي الإعتاق في الأعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال قوله: (ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له) أي لأحدهما (أنت حر بعد موتي عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك، وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة، وباللفظ لا يصح إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ به، وعند الظاهرية لا يعتق أصلاً. والبيان يقع صريحاً كقوله: اخترت أن يكون هذا حراً بذلك اللفظ الذي قلته، أو يقول: أنت حرّ بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق، أما إذا اقتصر على قوله: أنت حرّ ثم قال: أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر، ولو لم يقل شيئاً عتق هو والآخر معاً لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلاً لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق

المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخلة كان مخيراً في الأخريين بالكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في المسئلة العتاق. ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين، نصفه للداخلة لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين، والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست بأولى به. قال: (ومن قال لعبديه أحدكما حرّ) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت. أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية.

قوله: (لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين) أقول: يعني الثابتة.

besturdubooks.wordpress.com

الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما للمعنيين، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك، وكذلك لو قال لامرأتيه

بذلك الإعتاق. ودلالة كما إذا باع مطلقاً أو بشرط الخيار لأحد المتابعين بيعاً صحيحاً أو فاسداً مع قبض ودونه في الصحيح لأن البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجاً له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا، ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بياناً لعتق الآخر، وحكماً كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر، وليس بياناً من المتكلم لأنه ليس اختيارياً، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء في الآخر بموت قرينه لأن الإنشاء صفة اللفظ، بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه، ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كأن قال: إذا جاء زيد فأحدكما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكمي والصرحي، فإن الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط، بخلاف الصريح؛ فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته، كما قول قال: أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها. وعن محمد: لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده: إن دخلت فأنت حرّ ثم قال له: مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بياناً، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بياناً قوله: **(لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعتق من جهته بالبيع)** أي ولم يبق محلاً للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه إياه **(وللعتق من كل وجه)** أي ولم يبق محلاً للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حرّ فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان، وبالتدبير لم يبق عتقه عتقاً كاملاً لاستحقاقه العتق عند الموت **(فتعين الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير)** قصد **(استبقاء الانتفاع)** به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته **(والمقصودان)** يعني الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت **(ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة)** قوله: **(وكذا إذا استولد إحداهما)** أي إذا وطىء إحداهما فعلقت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلاً للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بياناً عند أبي حنيفة كما سنذكر. واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدين وسمي ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحيّ مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق، وما لو قال لأمتيه: إحدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت إحداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية. وجواب الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن مقدمة تعييب فإنما تعين للبيع وهو حيّ لا ميت، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت، فلو عتق كان

وأجيب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل هو إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي، وأما في مسئلتنا فإنما يتعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين، بوصف الإنشاء، وبوصف الإظهار، وهذا لأن قوله أحدكما حرّ لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء، ومن حيث أن العتق لا يعدوهما كان البيان إظهاراً، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة، وإذا كان كذلك فإنما يصح البيان في محل يحتمل الإنشاء والميت لا

besturdubooks.wordpress.com

إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا، وكذلك لو وطيء إحداهما لما نبين **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما)** لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في

بعد الموت فامتنع فمات رقيقاً لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق. وجواب الثاني بأنه ليس إيقاعاً بصيغته بل إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى. وقوله: **(لإطلاق جواب الكتاب)** يريد الجامع الصغير. وقوله: **(والمعنى ما قلنا)** أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن، والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله: **(والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك)** روي عن محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر، قالوا: ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه قوله: **(وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما)** يعني تطلق الحية **(لما قلنا)** في العتق من عتق الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العتق **(وكذا لو وطيء إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين)** في مسئلة الأمتين التي تليها قوله: **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما)** ولم تعلق **(لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة)** وبه قال أحمد، أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقاً، ولو قال: إحداكما مدبرة ثم وطيء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق **(وقالا تعتق)** وبه قال: الشافعي ومالك في رواية **(لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك)**

يحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة. وقوله: **(وكذا إذا استولد إحداهما)** يعني إذا وطيء إحداهما فعلقت منه لأنها صارت أم ولد له، فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاحمة. وقوله: **(للمعنيين)** يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته **(ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و)** **(البيع المطلق)** عن الخيار **(و)** البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين **(لإطلاق جواب الكتاب)** يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشيء **(والمعنى ما قلنا)** وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافي العتق فتعين الآخر له **(والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف)** روى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا ساوم أحدهما كان بياناً: يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة. وقوله: **(والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع)** قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً رحمه الله ذكر في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدّق وأقبض عتق الآخر، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وإن لم يكن قبض، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلاً منهما لا يفيد الملك بدون القبض، وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد **(وكذلك إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما بينا)** أن الميت لم يبق محلاً للعتق فكذلك لم يبق محلاً للطلاق فتعين الأخرى له **(وكذا لو وطيء إحداهما لما نبين)** في المسئلة التي بعد هذه **(ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة، وقالا: تعتق لأن الوطء لا يحل**

قال المصنف: **(لإطلاق جواب الكتاب)** أقول: مجرد الإطلاق لا يكفي لأنه يصرف إلى الكمال فالمآل إلى ملاحظة المعنى قوله: **(ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة)** أقول: يعني في الأصول قوله: **(قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً إلخ)** أقول: يعني إنما ذكره تبعاً لمحمد لا لأنه شرط قال المصنف: **(لأن الإيقاع في المنكرة)** أقول: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى قوله: **(فالظاهر لا يحتاج إلى البيان)** أقول: فيه بحث، فإن الملك باق في المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة فما ذكره محتاج إلى البيان، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم قوله: **(فكذا هذا)** أقول: فلا يلزم الإهمال قال المصنف: **(لأن المقصود الأصلي من النكاح إلخ)** أقول: وهذا هو الجواب أيضاً في الوطء المعلق قال المصنف: **(فلا يدل على الاستبقاء)** أقول: إلا إذا كان الوطء معلقاً.

besturdubooks.wordpress.com

الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً فلا يجعل بياناً ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصليّ من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على

وإحداهما ليست في الملك لعتق إحداهما بذلك الكلام، ولذا لو قتلهما إنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما مبيناً للمستبقي لملكها **(فتعينت الأخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق)** المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه: إحداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال: طالق بائن أو ثلاثاً فوطىء إحداهما طلقت الأخرى اتفاقاً، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا، لأنه لو كان رجعياً لا يكون الوطء بياناً لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية، ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات؟ في الزيادات لا يثبت. وقال الكرخي: يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء **(وله أن الملك قائم فيهما)** جميعاً حتى قال: يحل وطؤهما، ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى، وإنما يملك البدل بملك الأصل، وهذا لأن العتق في المنكرة: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقاً به، والمعلق بالشرط عدم قبله، فهو كما لو قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرّة فإن له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال. فقولهما: إحداهما حرّة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطؤهما لم يقع في محل الحرمة فحل، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلاً على تحريم الأخرى بعتقها، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه في معينة والمطلقة هي المبهمة، فإذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما إذا لم تتعين إحداهما للطلاق وبمجرد وطء إحداهما تتعين الأخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بياناً في الطلاق يجب أن يكون بياناً في العتق لأن الملك في الزوجين المعينتين قائم، وإنما المطلقة هي المبهمة، ولا جواب له سوى أن الدالّ في الأصل: أعني الطلاق المبهم ليس إلا قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفي الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كي لا يضيع حاله، ووطء المنكوحة هو المفيد المطلب الولد ظاهراً لأنه هو الذي

إلا في الملك وإحداهما حرّة) لا ملك فيها فالوطء لايحل فيها، فإذا وطىء إحداهما جعل مستبقياً للملك فيها ليقع الوطء حلالاً حملاً لأمره على الصلاح، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعتق **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوءة)** أي في التي توطأ من كل منهما، وإذا كان الملك قائماً كان وطؤها حلالاً، أما أن الملك قائم فلأن إيقاع العتق إنما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوءة غير منكرة بل هي (معنية) فلا يكون الإيقاع فيها، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلاً، وأما أن الملك إذا كان قائماً كان الوطء حلالاً فظاهر لا يحتاج إلى بيان، وإذا كان الوطء حلالاً لم يكن بياناً لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة **(ولهذا حل وطؤهما على مذهبه)** وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق **(إلا أنه لا يفتي به)** قيل لأن المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما، ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط، وهو فاسد لأن فيه تلويحاً إلى ترك أبي حنيفة الاحتياط، وأرى أنه لا يفتي به لئلا يتخذ مغمزاً لأبي حنيفة بترك الاحتياط. فإن قيل: العتق إما أن يكون نازلاً أو لا، فإن كان غير نازل كان إهمالاً للفظ عن مدلوله، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤهما. أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني **(ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به)** أي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول، فكذا هذا، وقال على الشق الأول **(أو يقال نازل)** أي العتق نازل **(في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله)** كالبيع فإن المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما فإنه يصح **(والوطء)** لا تقبله المنكرة لأنه **(يصادف المعينة)** إذ هو أمر حسي لا يقع إلا في المعين، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بياناً

besturdubooks.wordpress.com

استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد يدل على الاستبقاء **(ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أوّلاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد)** لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة الأم بشرط والجارية لكونها تبعاً لها، إذ الأم حرة حين ولدتها، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أوّلاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً، وإن ادعت الأم أن الغلام

وضع له عقدها لا وطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة، فلم يكن وجوده دليلاً على قصد الولد دلالة ظاهرة، وعلى هذا فيكفي في دليلهما أن يقال: وطء إحداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم، وفي وجه قوله: منع دلالته، والفرق بما ذكرنا، ولا حاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطئهما. ثم القول: بأنه لا يفتي به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما، وقد وضع في الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحداً لأنه لو عمها فعلاً كان فاعلاً للمحرم قطعاً ولا يعلم خلاف في ذلك، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء، وهنا كذلك فإن موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما، ففي وطئهما وطء المحرّمة بيقين فلا يحل قطعاً وإن كان الملك قائماً فيهما، بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضاً. وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلهما رجل لصحة إثباته بدون التعيين، وإنما يتنصف لأن إحداهما حرّة بيقين ولا تعرف فتتصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة، بخلاف ما لو قتلهما رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرّة في نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم، بخلاف قتل واحد فإن الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما. وقولهم: وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح، إذ لا تعليق بل تنجيز مأمور في الشرع بتعيين محله، ولو كان يميناً محضاً لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان، وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبهاً لا يوجب

في الأخرى. فإن قيل: فكيف وقع بياناً في الطلاق؟ أجاب بقوله: **(بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء)** وهذا على طريقة تخصيص العلل، فإما أن يكون المصنف اختار جوازه، أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أو في تقرير. قال: **(ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة)** كلامه على ما ذكره واضح. وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أوّلاً، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره، وإن حلف فهم أرقاء. وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال المولى لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فولدتهما جميعاً ولا يدري أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولا فهي حرة والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال، فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين إما بعتق نفسها وإما بعتق الأم. قال صاحب النهاية: وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده، وهو ما إذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين، كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار غداً فأنت حرّ فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أوّلاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى

besturdubooks.wordpress.com

هو المولود أوّلاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدّع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية

حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحاً بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء إحداهما.

[فروع] من البيان لو قال لأمتيه: إحداكما حرة ثم قال: لم أعن هذه عتقت الأخرى، ولو قال بعد ذلك: لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فتعتقان، لأن قوله: لم أعن هذه إقرار بعتق الأخرى فقد أقرّ بعتقهما، وكذا هذا في الطلاق، بخلاف ما لو قال لأحد هذين: عليّ ألف فقيل له: أهو هذا فقال: لا لم يجب للآخر شيء. والفرق أن البيان الإقرار المبهم ليس واجباً بخلافه في إنشاء الطلاق والعتاق المبهم. ولو قال: أمة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثة ويسعون في الباقي، ولو تعددت الإماء فعلى هذا القياس إن كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثاً عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: **(ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولا عتق نصف الأم)** وتسعى في قيمة نصفها **(ونصف الجارية)** وتسعى في النصف **(والغلام عبد)** لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولاً فعتق الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للأم في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط، فإذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما، والغلام عبد في الحالين لأنه ولد وأمه قنة فإنها إنما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لأن ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه. والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لأنا لم نتيقن بعتقه واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك، فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أوّلاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع. وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام[1] أولاً، فإن نكل فنكوله كإقراره، وإن حلف فكلهم أرقاء، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدري الأوّل فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أوّلاً عتقت بالشرط، وإن ولدت الغلام أوّلاً عتقت تبعاً للأم. وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترقّ في الجارية، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم. وصحح في النهاية ما في الكساتيات لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده، كما إذا قال: إن دخلت غداً فأنت حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا للشك في شرط العتق، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام

اعتبار الأحوال كما في مسئلة الكيسانيات. وقوله: **(وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى)** قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير: أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أوّلاً؛ وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب.

قوله: **(فيه القول قول من ينكر)** أقول: ضمير فيه راجع إلى شرط

---

(١) قوله: **(الغلام)** هكذا في عدة نسخ، ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب، فما وقع في بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

besturdubooks.wordpress.com

لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما

أوّلاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال. فإن قلت: المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع؟ قلنا: هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل، فعلى هذا جاز أن يدعي رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله، هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليله صرح بأن الأم تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه، فأفاد أن ذلك صورة دعوى الأم وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب. واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف: مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب. واستدلاله بأن الشرط الكائن في طرف واحد إلخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال إذا قال: إن فعلت كذا فأنت حرّ، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة دخول الدار فقال العبد: فعلت لا يصدق إلا ببينة، بخلاف قوله إن كنت تحبينني إلخ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما في الجامع قوله: **(وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين)** بالله ما يعلم أن الغلام ولد أوّلاً **(لإنكار شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية)** معاً **(لأن دعوى الأم حرية الصغيرة)** تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لأنها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا **(فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً)** من الحرية لنفسها **(وباقي المسألة بحاله)** يعني ولدتهما فادعت الأم تقدم الغلام، وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إنابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت. فإن قيل: إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى. أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقاً بوجود الشرط لجواز كونه بذلاً لماليتها من المولى ليترك الحلف أو إقرار بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت، وبأن النكول جعل إقرار على قولهما بطريق الضرورة، ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء، ولهذا قال محمد: فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقرّ لك به فلان فادعى المكفول له فلان مالاً فأنكر فحلف فنكل يقضي عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلاً، ولو كان إقرار من كل وجه صار كفيلاً قوله: **(ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة والباقي بحالة ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا)** في أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى قوله: **(وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية)** وهي ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أوّلاً واتفقوا على أن ولادة الجارية أوّلاً فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول، وبهما يتم الأوجه للمسئلة ستة.

والثاني أن تدعي الأم أن الغلام هو المولود أوّلاً وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانياً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب. والثالث أن تدعي الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئاً وهو المذكور في الكتاب ثالثاً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره أيضاً فيه. والرابع أن تدعي الجارية وهي كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولاً وهو المذكور في الكتاب رابعاً بجوابه ووجهه. والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق. والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعاً للأم،

besturdubooks.wordpress.com

قلنا، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى. قال: **(وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن**

[فرع] في المحيط: لو قال: إن كان أوّل ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية ثم غلاماً فهما حرّان فولدت غلاماً وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين، أما الأم فلأنها تعتق في حال دون حال وهو رواية، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق في حال وترقّ في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أوّلاً، وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولاً، ويرق في حال بأن ولدت الغلام أوّلاً، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعاً للأم لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه، ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعاً للأم، فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم، واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسها لأنهما أقل وهو المتيقن، فإن كانت ولادة الغلام أوّلاً لا يعتقان بعتق أنفسهما، وإن كانت ولادة الجارية أولاً تعتق الأخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما. وقال أبو عصمة: ينبغي أن يعتق من كلاً ثلاثة أرباعها لأن الغلام لو كان أوّلاً تعتق الجاريتان بعتقها، ولو كانت إحدى الجاريتين أوّلاً ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة قول أبي عصمة وقال: هو الذي يوافق ما تقدم قوله: **(وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن تكون في وصية استحساناً ذكره في العتاق)** أي عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقاً في صحته أو مرضه، لأن التدبير حيث وقع كان وصية، وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد قوله: **(وأصل هذا)** أي أصل هذا الخلاف **(أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد)** مطلقاً لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافاً لما قاله رشيد الدين: أن الدعوى عنده ليست شرطاً في حرية الأصل بل في العارضة فقط **(وعندهما تقبل)** بلا دعوى **(والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق)** وإن أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متهمة. وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت، ويجبر على أن يوقع على إحداهن قوله: **(والمسئلة معروفة)** وجه قولهم: إن المشهود به وهو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة، ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول، ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقرّ بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل، ولو كانت الدعوى شرطاً لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى، وإنما لا تكفي شهادة الواحد لأنه وإن كان أمراً دينياً يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله، فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان. ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته، أو هو نفسها،

والغلام عبداً لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعاً لها فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما. قال: **(وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه)** الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه، كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة إلا أن تكون في وصية استحساناً على ما ذكره **(وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق)** وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما. وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده، ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع. ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة، هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته،

besturdubooks.wordpress.com

يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق **(وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن)** وهذا بالإجماع **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشهادة في العتق مثل ذلك)** وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة. وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق

وكلا الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد الملزوم، وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه. ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال: حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها. فإن قيل: الفرق أنها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول: لو كان العبد أيضاً متهماً قبلت بلا دعواه، وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره. قلنا: نفرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها، ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أوّلاً ما هو حق العبد مستلزماً لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أوّلاً أو ثانياً. فإن حوّل التقرير وهكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى، أما حقه سبحانه فما ذكرتم، وأما حق العبد فلأنه يصير به مالكاً لأكساب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبت ولاياته من نفاذ قوله: في الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصاً، ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول، وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفاء رق الأصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى. قلنا لا يمنع التناقض في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضاً. وردّ عليه أيضاً عتق الأمة فإن فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد. ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه، وأيضاً إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت. والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما، فترجع ما ثبت شرعاً لاحتياط في أمره وتوكيده، وأمر الفروج محتاط فيه، فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته

فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها، وعتق الأمة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولادها، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان. فإن قيل: لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهي أخت مولاها من الرضاعة إذا جحدته، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالإعتاق. أجيب عن الأول بأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وههنا وقعت. وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحدّ وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكاً للمولى وإن كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوّجها ويدل بضعها يكون له، وإذا كان كذلك كان

قوله: (وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول: وكذا العفو عن القصاص وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد قوله: (ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول: وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات.

besturdubooks.wordpress.com

في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة. وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى. أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها. ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيها لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما

بعد الشهادة على شيء آخر، بخلاف ما لم يثبت فيه مثله، فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد، لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضي لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث أن يثبت بلا دعوى، وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه، وهذا القدر يحصل به المقصود، فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة، وحينئذ يجب الترجيح ويرجح حقه سبحانه وتعالى. ولا يقال: المقرر ترجح حق العبد. لأنا نقول: ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثبات لحق العبد سابقاً عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغمه قوله: **(وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في مسئلة الكتاب)** أي الجامع الصغير، وهي ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول **(والدعوى من المجهول لا تتحقق)** وإنما تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة، وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما قوله: **(ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه إلخ)** جواب عما قد يقال: إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه، والواقع أنها لا يقبل عنده. أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً **(فشابه الطلاق)** وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا **(والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه)** فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين. فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها. فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه، والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدة، وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده، وما قيل: إن وطأها مملوك له وإنما

فيه تحريم الفرج، وإذا ثبت الأصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله: **(وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده)** إلى آخر المسئلة. وقوله: **(لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق)** قيل عليه إذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لأن الدعوى حصلت من معين. وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين. قوله: **(ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه)** كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة ولم تسمع البينة ههنا. ووجه دفعه ما ذكره بقوله: **(لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه)** يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة إلى قوله ولهذا حل وطؤهما، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا. واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، وذلك أيضاً حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى. والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن تكون من الكبائر

قوله: **(لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين)** أقول: يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك قوله: **(والجواب أن لازم عتقها إلخ)** أقول: فيه أن الكبيرة هو الزنا، وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح.

besturdubooks.wordpress.com

أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين. وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه، أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه

منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه قوله: **(وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدين في صحته، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه)** لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة، وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبراً من الثلث ولو حال الصحة، وسواء كانت شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحساناً لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصوّر الدعوى، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول. ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصي كان كلاً من العبدين وهما معينان، وفي حالة الحياة لا تصح خصومتهما لأنه لم يعتق منهما شيء والمعتق المبهم، بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصماً معلوماً. ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله: وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكراً فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث منكراً إذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً، وأيضاً قوله: وأديا الشهادة في مرض موته إلخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعياً وعدم قبولها قبل موته لأن

فالتسوية بينهما خطأ. وقوله: **(أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته)** بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحساناً. وقوله: **(لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية)** يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض. وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف: أحدهما أن التدبير مطلقاً والعتق في المرض وصية **(والخصم في الوصية إنما هو الموصي)** لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعياً تقديراً **(وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث)** فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان إيجاباً لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما

قال المصنف: **(وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة إلخ)** قال ابن الهمام: والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى إعاتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي اهـ. وإنما قيد بما به قيد به ليتعين المدعي في حياته فافهم قال المصنف: **(لأن التدبير حينما وقع وقع وصية)** أقول: قال صدر الشريعة: الدليل الأول مشكل لأن التنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعي هو المولى أو نائبه. والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اهـ. ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكراً صورة إلا أنه نزل مدعياً معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فنزل الوارث أو الوصي مدعياً للعتق خلفاً عن الميت فتقبل الشهادة، وبأن في هذه المسألة روايتين نظراً إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة، هذا ما لاح لي في ذلك المقام. وقال ابن الهمام: ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين، أو الورثة إن كان الوصي منكراً، فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصي منكراً، وإذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً اهـ.

besturdubooks.wordpress.com

في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية، وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو

المدعي العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم. والحاصل أن إنزاله مدعياً لا يكون إلا بعد موته، وأما قبل موته فهو منكر، وهذا احتيج إلى الشهادة، وردّت لعدم المدعي ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى أعادتها، أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي قوله: **(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ)** لا رواية فيه عن أبي حنيفة. واختلف المشايخ في تفريعها على قوله: **(فقيل لا تقبل لأنه ليس بوصية)** لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة، فلم يكن الميت مدعياً تقديراً **(وقيل تقبل)** لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا، وصحح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال: لجواز أن يكون الحكم معلولاً بعلتين فيتعدى بإحداهما، وتبعه صاحب الكافي وقال: هو الأصح. ولقائل أن يقول: شيوع العتق الذي هو مبني صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله: أحدكما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعاً لزم الدور، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله: لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه.

[فروع] شهدا أنه حرّر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لأنهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها. وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر: في هذه لأنها كشادتهما على عتق إحدى أمتيه وطلاق إحدى زوجتيه، ولو شهد أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرفون سالماً وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معيناً لما أوجبه، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم، كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد، بخلاف ما لو شهدوا ببيعه، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة: لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده، ولا تتحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية.

[وهذا فصل في الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهداً لا يحال بينه وبين المولى، وفي الأمة إذا قالت: شاهدي الآخر حاضر يحال، ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفاً على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهراً حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فثبت به الحيلولة احتياطاً بخلاف ما إذا أقام شاهدا واحداً شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهدا أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول: يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به اختلاف الشهادة فيما ذكرنا، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لأن الهبة تمليك والإعتاق إحداث القوّة أو إزالة الملك. كذا في المبسوط، فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مؤدي اللفظين واحداً وضعاً ولا يخفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظاً من أن العتق لفظ

(فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً) ولم يذكر وجه القياس، وهو أن المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم **(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ)** قال الإمام فخر الإسلام: لا نص فيه، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم **(لا تقبل لأنه ليس بوصية)** حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم، وقال بعضهم: تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة، والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

الموصي وهو معلوم. وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث، ولأن العتق في فرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً، ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حرّ فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية. وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم.

يعاد ويكرّر يقتضي أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل، ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر مثلاً لم يجز، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلاً وقال المولى: بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطاً بالشهادة والكلام بقول: المولى. ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الأحكام، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما، ولو كان المولى يدعي أقل المالين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالأكثر، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسماية وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضي عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال، ومن ادعى ألفاً وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضي بألف لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنى، بخلاف الألف والألفين كما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولو شهد أنه أعتقده إن كلم زيداً والآخر إن دخل بأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة، ولو تعارضت بينتا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لإثباتها الزيادة، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال: إن أديت إلي ألفا فأنت حرّ وأنه أدّاها وأقام المولى أنه إنما قال: إذا أديت إلي ألفين ألخ فالعبد حر لا شيء عليه لأنه أثبت ببينة تنجز الحرية فيه. ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان إثبات الزيادة في بينة المولى. قال في الأصل: ولو باعه نفسه بألف فأداها من مال المولى كان حراً وللمولى أن يرجع عليه بمثلها. قال في المبسوط: العتق هنا حصل بالقبول لا بإداء المال، وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالإداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقاً أو مغصوباً من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقاً عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله. وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى إذا قد اعترف بالرجوع أنهما أتلفا حاليته على المولى بغير حق. ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق، وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا، وهذا بناء على ماينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبتت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وإن لم يكن ثمة مدع لذلك، ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئاً بشهادتهم، وأنه أخذ منهم بغير حق، وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني، فإن العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعي العتق، والله أعلم.

besturdubooks.wordpress.com

باب الحلف بالعتق

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت، إلا أنه أسقط الفعل وعوّضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا

باب الحلف بالعتق

الحلْفُ بالكسر مصدر حَلَفَ سماعي، وله مصدر آخر: أعني حَلْفاً بالإسكان، يقال حَلَفَ حَلْفاً و حَلِفاً، وتدخله الفاء للمرة كقول الفرزدق:

عـلـى حِـلْـفَـةٍ لا أشـتـم الـدهـر مـسـلـمـا ولا خـــارج مـــن فـــيّ زور كـــلام

وقال امرؤ القيس:

حَـلَـفْـتُ لـهـا بـالله حَـلْـفَـةَ فـاجـر لـنـامـوا فـمـا إن مـن حـديـث ولا صـال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط، ولما كان المعلق قاصراً في السببية عن المنجز قدمه عليه، ولما جرى المصنف على أن يولي التصرف الذي يصح تعليقة الحلف به كما فعل في الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الأيمان ليكون أضبط لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تتفرق أحكامه في الأبواب أولى العتق الحلف به. واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه في العتق. روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما قوله: **(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق)** أي ذلك المملوك الذي اشتراه، ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله: لأن التنوين في يومئذٍ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من لا يكون في ملكي يوم الدخول حرّ وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً وقت الدخول فهو حر، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى، بخلاف قوله لعبد: إن دخلت فأنت حرّ فاشتراه فدخل لا يعتق لأنه لم يضف العتق إلى ملكه لا صريحاً ولا معنى، وعدول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلاً عتق ما في ملكه لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييداً لليوم به، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول، ونحن نعلم مثله كثيراً في الاستعمال الفصيح كنحو **﴿ويومئذٍ يفرح المؤمنون بنصر الله﴾** [الروم ٤ ـ ٥] ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصراً في السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله: **(ومن قال إذا دخلت الدار)** ظاهر. واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك. أجيب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكاً وقت دخولي الدار فهو حرّ،

باب الحلف بالعتق

قوله: **(واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق إلخ)** أقول: الاعتراض والجواب لتاج الشريعة.

besturdubooks.wordpress.com

لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى عتق لما قلنا. قال: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال، إلا أنه دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً ظاهر، لأن اللفظ للحال، وفي قيام

وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون، وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيراً للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماداً له: أعني التنوين لكونه حرفاً واحداً ساكناً تحسيناً ولم يلاحظ معناها، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا تخفى على من له نظر فيها، وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بيّنا: أي من المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذٍ) بل قال: إذا دخلت فكل مملوك لي حرّ لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم، بل الذي كان في ملكه وقت التكلم. ووجهه المصنف بقوله: لأن قوله: كل مملوك لي يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال بمملوك: أي المملوك في الحال حريته هي الجزاء، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكاً عند التكلم. ووجه كون كل مملوك لي حالاً أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه، واللام للاختصاص: أي الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه: به: أي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثرها في الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر. هذا يعتق بقول القائل: كل مملوك لي حرّ العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم، ولا يدخل المكاتب خلافاً لزفر لأنه مملوك من وجه إذ هو حرّ يداً، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعاً ولا يدخل المملوك المشترك. ولا الجنين إلا أن يعنيهم ولا عبيد عبد التاجر، وهو قول أبي يوسف: إلا أن ينويهم، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا، وفي قول محمد: يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا. وعلى قول أبي حنيفة: إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم. ولو قال: عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل، ولا يخفى أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية إنما هو في القضاء. وفي الذخيرة: قال: مماليكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره، وقالوا: لا يصدق الديانة، بخلاف قوله: كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدّق ديانة انتهى. فإن قالت: ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالباً والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز، بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص قوله: (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت

بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحاً ولا دلالة. وقوله: (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول. وقوله: (لأن قوله كل مملوك لي للحال) قيل لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في

قوله: (كل مملوك لي يومئذ، إلى قوله فهو حر) أقول: قالوا المبتدأ إذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتيني فله درهم فههنا كذلك فتأمل قوله: (قيل لأن اللام للاختصاص) أقول: صاحب القيل تاج الشريعة، وفي كلامه تأمل.

besturdubooks.wordpress.com

الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق، والجنين مملوك تبعاً للأم لا مقصوداً، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً. قال العبد الضعيف: وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها **(وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد، أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف)** لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال

القول: أو أقل أما إذا ولدته لستة أشهر فلأن اللفظ: أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه، وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده، فجاز أن لا يكون قائماً عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال، ولم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر، وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائماً، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأمه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به، ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعاً للحامل. والدليل على أنه لم يعتبر في الشرع نفساً مملوكة أنه لا يجزي على الكفارة ولا تجب صدقة فطره. قال المصنف رحمه الله: وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأنثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعاً، وهذا بناء على أن لفظة مملوك لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك قوله: **(وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد)** يعني أن بعد غد ظرف لحرّ لا لأملكه **(أو قال كل مملوك لي فهو حرّ بعد غد وله مملوك واحد)** في الصورتين **(فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف)** دون المشترى ولفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف. ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال، وكذا لفظ أملك للحال حقيقة، يقال: أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة، وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلباً على ما عرف في النحو، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية. وقيل: بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال: أملك وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعاً كما في الشهادة. وعرفاً يقال أملك كذا درهماً فكان كالحقيقة في الحال. والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال، وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظناً أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه.

الحال إذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء. وقوله: **(ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر)** ظاهر، ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل)** فيدخل الحمل تبعاً بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد، حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء **(وإن قال كل مملوك لي أملكه حرّ بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف)** لا الذي اشتراه بعده. وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإنّ أملكه للحال، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو هي أنه مشترك بين الحال والمستقبل، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية.
وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على رادة الحال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم. وأقول: قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا

besturdubooks.wordpress.com

فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين **(ولو قال كل مملوك أملكه، أو قال كل مملوك لي حرّ بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر، وإن مات عتقاً من الثلث)** وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ. له أن اللفظ حقيقة للحال

وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة في المعنيين اهـ. فترك النظر إلى قول المصنف، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة، وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كأبي عليّ الفارسي وغيره، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينه كما ذكرنا بخلاف الحال، وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة: أي المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين، بخلاف نحو أسافر وأتزوّج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة، وإذا ثبت أنه يراد الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال قوله: **(ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر)** مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول، والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه، ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعاً من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه، وهذا ظاهر المذهب عن الكل. وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف، وكذا إذا قال: كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ، وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبراً في الحال دون الآخر، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة، فأوجب المروى عن أبي يوسف. وأيضاً لو لم يرد به الحال فقط، فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبر، وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غداً ممن كان مملوكاً له حال التكلم أو ملكه إلى غد، خلافاً لأبي يوسف فإن على قوله: لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيراً مطلقاً على قول محمد، كما لو قال: كل من كان في ملكي عند الموت مدبراً وهو منتف، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال: كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبداً لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبراً وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه

الشارح لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب إل عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين **(ولو قال كل**

قوله: **(وقال بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني.

besturdubooks.wordpress.com

على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر. ولهما إن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فمن حيث

ما ذكرنا. وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام: ما يتناول الحال فقط اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه، وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه، وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غداً، ففي قول محمد رحمه الله: يعتق في الغد من كان في ملكه، والمستحدث خلافاً لأبي يوسف وقول محمد: أقيس بمسئلة يومئذ بقليل تأمل قوله: (ولهما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير إيجاب للعتق مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير، ومقتضى إيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة: أي الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق، على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية، ولو أوصى لولد فلان ولا ولد فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به، وإنما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالتين تحصيلاً لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال: عند الموت كل عبد حرّ فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح، بخلاف قوله: كل عبد أملكه غداً فهو حرّ ليس فيه إلا جهة واحدة هي جهة الإيجاب، فلا يدخل إلا الحاصل في الحال، ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه: أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف. وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين، وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضيّ في الأصول، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه لأن الجمع قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين، ولو أمكن أن يقال: إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله: كل عبد لي حرّ فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبرّ للأصحاب، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبراً مطلقاً، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبراً لا مطلقاً ولا مقيداً كان دافعاً للإشكال.

مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقاً من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مراداً على أصلنا (ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء) أما إنه إيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر، وأما إنه إيصاء فبقوله بعد موتي، ولهذا اعتبر من الثلث، وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة أي المتربصة) والحالة الراهنة أي الحاضرة؛ سميت بالراهنة لأن الرّهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها، كذا في الشروح؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصي. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فهذا الكلام

قوله: (ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك إلخ) أقول: فيه تأمل.

besturdubooks.wordpress.com

أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت، وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر، بخلاف قوله بعد غد على ما

[فروع من تعليق العتق] قال لعبده: إن بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق، إلا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لا يزول إلا بتسليمه، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق، كذا في المبسوط. وحقيقة الوجه أن يقال: وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأنهما معاً يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله. ولو قال لعبده: إن دخلت فأنت حرّ فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن اليمين انحلت بالدخول الأول في غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافاً للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق. ولو قال: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرّ فباعه فدخل إحداهما ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله في الطلاق، ولو دخل إحداهما قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما، وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط، فلو قال: إذا دخلت فأنت حرّ إذا كلمت فلاناً فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلاناً لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حرّ إذا كلمت فلاناً لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع. ولو قال: إن دخلت فأنت حرّ بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائماً، والتدبير لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته. ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده.

من حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك فيصير مدبراً لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت ويصير مدبراً بعده ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه، ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت، فكان حال التملك استقبالاً محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبراً حال التملك، وإنما هو عند الموت إذا كان موجوداً في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية، بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حرّ بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء، والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا، وعلى هذا قوله: (والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدّر كما ذهب إليه بعض الشارحين. قال. وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً في الحال ولا في المآل، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، وليس أحدهما في حقه بموجود. فأجاب بأن تناوله

قوله: (ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إلخ) أقول: المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين قوله: (فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت إلخ) أقول: يبقى الكلام في دخولهما تحته فإن أملكه للحال وكذا مملوك لي. فإن قيل: يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت. قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبراً مطلقاً على ما صرحوا وهو منتف.

besturdubooks.wordpress.com

تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا. ولا يقال: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال. لأنا نقول: نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية، وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد.

وعندهما يعتق كله فلا يسعى، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه. ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال: أحدكما حر أو قال: هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم ينوه، وقالا: لا يعتق إلا أن ينويه، ومثله وأصله مرّ في الطلاق. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال: أحدكما حرّ عتق عبده لأن كلامه إيجاب الحرية للجزم، ولو قال: هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حرّ أولاً. وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال: إن دخلت دار فلان فأنت حرّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلاناً في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح، والله أعلم.

باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالي. وقوله: (ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة إلى جواب أبي يوسف، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام، لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ، وفيه نظر لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت، وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله كان أسهل تأتياً وأسلم من الاعتراض، والله أعلم.

urdubooks.wordpress.com

فهرس الجزء الرابع من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

besturdubooks.wordpress.com

كتاب العتاق